FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

L'ÉVOLUTION

DE LA

CONTRE-PARTIE OCCULTE

AUX POINTS DE VUE

ÉCONOMIQUE ET RÉPRESSIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

Présentée et soutenue le Lundi 28 Juin 1920, à 15 heures

PAR

Roger LENOAN

Docteur en droit, sciences juridiques
Avocat à la Cour d'Appel
Lauréat de la Faculté 1912, 1913, 1914

JURY :

MM. BODIN, *Professeur*
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur*
GRANDMOULIN, *Professeur*

PARIS

JOUVE & Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1920

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

L'ÉVOLUTION

DE LA

CONTRE-PARTIE OCCULTE

AUX POINTS DE VUE

ÉCONOMIQUE ET RÉPRESSIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

Présentée et soutenue le Lundi 28 Juin 1920, à 15 heures

PAR

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Roger LENOAN

Docteur en droit, sciences juridiques
Avocat à la Cour d'Appel
Lauréat de la Faculté 1912, 1913, 1914

JURY :

MM. BODIN, *Professeur*
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur*
GRANDMOULIN, *Professeur*

PARIS

JOUVE & Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA FEMME

« C'est l'offrande des moindres choses qui recèle le plus d'amour. »

BIBLIOGRAPHIE

I. — Travaux sur la contre-partie

Bloch (*Oscar*). — La réforme des Bourses de marchandises. Thèse Paris, 1912.

Boistel. — Notes au Dalloz, 1875.1.337 ; 1895.2.441 ; 1897.1.411, 1899.2.9.

Brouilhet. — Précis d'économie politique (chapitre sur le commerce).

Buchère. — Notes aux Pandectes françaises 1903.2.354.

Buriat. — Le commissionnaire contre-partiste en Bourse et spécialement en marchandises. Thèse Paris, 1903.

De Cénac (*P.*). — La loi du 28 mars 1885 et la convention de contrat direct. Paris, Sirey, 1911.

De Monzie. — La suppression de la contre-partie dans les marchés de Bourse. Journal « Le Matin », 18 février 1912.

Dreyfus (*A.*). — 1° Du contrat direct. Cote de la Bourse et de la Banque, février et mars 1905.

— 2° Article dans les Annales de Droit commercial, 1898, p. 201.

Droit financier. — Notes 1906.111 ; 1908.214 et 686 ; 1909.355.

Gaignoux (Emile). — Etude de la jurisprudence sur l'exception de contre-partie. Thèse Rennes, 1910.

Gouget. — Théorie générale du contrat avec soi-même. Thèse Caen, 1902.

Guénée. — Note au Dalloz, 1895.1.482.

Guilmard (*Emile*). — 1° Note au Dalloz, 1906.2.123.

2° La vente directe des valeurs de bourse sans intermédiaire. Paris, Guillaumin, 1904.

3° La réorganisation de la Bourse de commerce. Paris, Alcan, 1906, chap. I et II.

4° Le contrat direct, le marché financier et l'épargne. Paris, Rosier, 1911.

Lacour. — 1° Notes au Dalloz, 1899. 2. 297 et 304 ; 1901. 1. 25 ; 1905. 1. 65 ; 1906. 1. 33 ; 1906. 2. 18 ; 1908. 1. 321 et 417 ; 1909. 1. 201, 203 et 449 ; 1915. 1. 57.

2° Le commissionnaire contre-partiste en Bourse et la jurisprudence. Article dans les Annales de Droit commercial, année 1908.

Lévy-Ullmann et Geouffre de Lapradelle. — Annales de droit commercial, année 1896.

Lyon-Caen. — Notes au Sirey, 1893. 1. 241 ; 1900. 1. 433.

Morel (*René-Lucien*). — « Du commissionnaire contre-partiste ». Thèse Lille, 1904.

Moysen. — Le coulissier contre-partiste en Bourse devant la loi pénale. Thèse Paris, 1904.

Nussbaum (*Dr Arthur*). — Unlautere Geschaeftsformen im Bankiergewerbe (Bank Verlag. Berlin W. 57, 1910).

Petellat (*Henri*). — 1° Les faux marchés à terme sur marchandises et sur valeurs mobilières, ou l'escroquerie au contrat direct, t. I. Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1912.

2° Les faux marchés à terme, t. II. La contre-partie boursière et sa répression. Paris, 1914 (même librairie).

3° Bourse et justice. Paris 1918 (même librairie).

Pic. — Note au Dalloz 1896. 2. 49.

Raynal. — Note au Dalloz, 1902. 2. 321.

Roulier (conseiller). — Rapport à la Cour de cassation. Dalloz, 1896.

Straffa (*Angello*). — El commissionnario con se medesimo

(Archivio Giuridico. Philippo Seraphini, novux série, vol. II, fasc. 2. Dellintera collezione, vol. LVI, fasc. 2).

Thaller. — Notes au Dalloz, 1895. 2. 233; 1898. 1. 65.

Wahl (*A.*). — Notes au Sirey, 1898. 1. 497; 2. 121; 4. 9; 1903. 1. 209 et 2. 145.

II. — Ouvrages généraux et travaux sur l'escroquerie en général

Boistel. — Précis de droit commercial.

Dorigny. — Eléments constructifs du délit d'escroquerie. Thèse Paris, 1899.

Garçon. — Code pénal annoté, article 405.

Garraud. — Traité de droit pénal, édition de 1901, t. V.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial, tomes 3 et 4.

Planiol. — Dol civil et dol criminel (Revue critique, année 1893).

Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial, 5e édition, 1916.

L'ÉVOLUTION
DE LA
CONTRE-PARTIE OCCULTE
AUX POINTS DE VUE
ÉCONOMIQUE ET RÉPRESSIF

INTRODUCTION

Les ventes et les achats, dans nos marchés publics, dans nos Bourses, se traitent par l'intermédiaire d'un homme de Bourse : agent de change ou coulissier à la Bourse des valeurs, commissionnaire à la Bourse des marchandises. L'intermédiaire chargé d'un ordre d'achat ou de vente doit normalement porter cet ordre sur le marché et s'efforcer d'y provoquer sa rencontre avec un ordre en sens inverse. En un mot, le rôle de l'homme de Bourse est de trouver une partie, une contre-partie à son donneur d'ordre. Mais, dans la réalité, les choses ne se passent pas toujours de cette façon normale.

Il arrive souvent que l'intermédiaire, au lieu de recourir à une contre-partie, prend l'opération pour son propre compte : S'il est chargé d'un ordre de vente, il s'institue lui-même acheteur de son client ;

si, au contraire, c'est un vendeur qu'il a pour mission de chercher, il se porte lui-même ce vendeur. On a donné le nom d'opérations de « contre-partie » à ces agissements fréquents, trop fréquents nous le verrons, des intermédiaires de Bourse.

La question de la contre-partie boursière n'est pas neuve dans notre droit ; on peut même prétendre que bien peu de notions ont été plus âprement discutées en théorie comme en pratique, et cela se conçoit facilement en raison des intérêts souvent énormes engagés dans les solutions à intervenir.

Depuis une vingtaine d'années surtout, des décisions jurisprudentielles nombreuses, critiquées tour à tour en sens différents par de multiples études doctrinales, semblent avoir retourné la matière sous toutes ses faces. Aussi nous hâtons-nous de dire que notre intention n'est pas de tenter une étude approfondie de la contre-partie : Nous ne pourrions que répéter ce que des plumes parfois éminentes ont écrit. Notre prétention est plus modeste, mais elle nous paraît présenter son utilité :

La toute récente jurisprudence a fait un délit pénal de la contre-partie occulte, c'est-à-dire de l'opération de contre-partie telle que nous l'avons définie, effectuée à l'insu du donneur d'ordre, en arrière de lui. La jurisprudence l'a qualifiée d'escroquerie et l'a fait tomber sous le coup de l'article 405 du Code pénal. Mais cette conception nouvelle n'est que l'aboutis-

sement, considéré par quelques-uns comme définitif, d'une longue évolution qui s'est précipitée dans le courant de ces dernières années. Cette évolution est avant tout l'œuvre de la jurisprudence. Non pas, nous l'avons vu, que les auteurs n'aient abondamment écrit sur la matière ; mais si l'on va au fond des choses, la doctrine paraît avoir dans notre cas, consciemment ou inconsciemment, suivi le conseil donné naguère par Esmein et pris, sans perdre pour cela son originalité et sa force, la jurisprudence pour principal objet d'étude (1). Mais d'autre part si la jurisprudence, le droit vivant, en perpétuel contact avec le milieu social, a fait évoluer le concept juridique de la contre-partie occulte, c'est parce que ce concept de contre-partie se modifiait dans les faits. En d'autres termes, l'évolution juridique ne s'est effectuée que sous la pression de l'évolution économique. Au fur et à mesure que la contre-partie s'est transformée en elle-même et dans ses effets, la façon de l'envisager a varié dans notre droit.

C'est cette double évolution économique et juridique que nous avons entrepris d'exposer en une vue d'ensemble, peut être dégagée des détails, mais

1. « Tout cela c'est beaucoup, mais ce n'est pas assez. Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude ; elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force ; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles ». Esmein, p. 11.

que nous nous efforcerons de rendre claire. Il est, en effet, possible d'envisager le chemin parcouru, maintenant que la jurisprudence paraît fixée sur une notion très nette du délit de contre-partie clandestine.

Nous étudierons d'abord la transformation économique de la contre-partie occulte. Nous la montrerons au début, assez anodine, et même au dire de certains, d'une utilité appréciable pour les particuliers. Nous ne tarderons pas à la voir profiter de la transformation économique des marchés, envahir peu à peu nos Bourses, Bourses des valeurs et Bourses des marchandises, quand elle ne pourra plus se résoudre à vivre en marge d'elles s'épanouir en de vastes maisons de contre-partie, en organisations puissantes et redoutables. Nous aurons alors à constater ses effets néfastes, non plus seulement pour l'intérêt privé, mais pour l'intérêt public, à ce point qu'un auteur a pu écrire qu'elle « est un fléau dont les conséquences économiques sont au moins aussi dangereuses pour la société que l'alcoolisme (1) ».

En regard de cette évolution économique de la contre-partie, nous exposerons, dans la seconde partie de ce travail, l'évolution juridique correspondante. La jurisprudence, d'abord flottante, hésitant à sanctionner la contre-partie, s'est vue amenée peu

1. Pétellat, *Bourse et Justice*. Paris, 1918.

à peu, quand il lui est apparu qu'un intérêt privé était réellement lésé, à la frapper d'une nullité civile. Puis, au fur et à mesure que la contre-partie se développait, que l'intérêt public, déjà engagé sans doute dans une certaine mesure par la lésion d'un intérêt privé, s'est trouvé plus directement atteint, la jurisprudence, par gradation, a porté le problème sur le terrain du droit pénal. A la sanction civile est venue s'adjoindre la sanction pénale et la répression de la contre-partie occulte s'est cristallisée, c'est du moins le dernier état de la jurisprudence, dans le concept de la contre-partie délit d'escroquerie.

Le plan de notre étude apparaît donc tout naturellement tracé en :

Première partie. — Evolution de la contre-partie au point de vue économique.

Deuxième partie. — Evolution de la contre-partie au point de vue répressif.

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DE LA CONTRE-PARTIE AU POINT DE VUE ECONOMIQUE

Nous étudierons l'évolution de la contre-partie au point de vue économique, sous les trois rubriques suivantes :

Chapitre premier. — La nécessité des Bourses a entraîné la nécessité des intermédiaires et leur multiplication.

Chapitre II. — L'intérêt croissant des intermédiaires à pratiquer la contre-partie en a multiplié les formes.

Chapitre III. — Progression néfaste des effets de la contre-partie clandestine. Exemple de « prélèvement » dolosif, elle rentre dans la notion du Mal économique.

CHAPITRE PREMIER

La nécessité des Bourses a entraîné la nécessité des intermédiaires et leur multiplication

En 1807, les opérations sur les valeurs étaient rares, relativement à ce qui se passe aujourd'hui. En outre, les agents de change étaient tout puissants : l'article 76 du Code de commerce, spécifiant qu'ils avaient « seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être côtés », les rendait maîtres du marché public. Les assauts de la coulisse n'avaient pas encore battu en brèche ce monopole ; on ne l'avait pas encore précisé en le limitant aux effets publics ou autres *admis à la côte* ; de sorte qu'il se présentait à cette époque comme un monopole presque exclusif. Or, l'article 85 du Code de commerce défendant aux agents de change de faire des opérations de commerce ou de banque pour leur propre compte, il semblait donc alors qu'il n'y eut rien à dire de la contre-partie.

D'un autre côté, au début du XIX^e^ siècle, les tran-

sactions sur marchandises s'effectuaient surtout sur échantillons et si les commissionnaires, dans un moment de pénurie d'achats, formaient quelques stocks qu'ils revendaient ensuite à leurs clients, la chose n'attirait guère l'attention car elle ne présentait alors aucun caractère d'exceptionnelle gravité. Enfin, quand les Bourses de marchandises commencèrent à fonctionner à peu près normalement, les courtiers privilégiés institués par le Code de commerce, étant soumis également à l'interdiction de l'article 85, se trouvaient, à cet égard, dans la même situation que les agents de change à la Bourse des valeurs. Mais tout devait se modifier dans le courant du XIX^e^ siècle. Les opérations de Bourses jouèrent peu à peu dans la vie économique un rôle prodigieux, la coulisse envahit la Bourse des valeurs, la commission celle des marchandises ; et le problème de la contre-partie se précisa en se posant de jour en jour plus aigu au fur et à mesure que s'opérait la transformation économique des échanges.

Certes, les foires et les marchés jouent encore, dans la vie économique, un rôle appréciable, mais ils ont perdu et perdent constamment de leur signification traditionnelle.

Au fond, n'y a-t-il pas une différence essentielle de nature entre l'*emporium* d'Athènes, le *collegium mercatorum* de Rome, les grandes foires du moyen âge, d'une part et nos Bourses actuelles d'autre part ?

C'est toujours l'échange qui se pratique, mais sur une autre échelle et dans des conditions différentes. A des situations économiques toutes autres, devait correspondre une toute autre organisation des moyens. Les grandes transformations industrielles du siècle dernier, la révolution dans le machinisme contemporain, les progrès inouïs dans les transports, transports matériels, transports de la pensée avec l'invention du télégraphe et du téléphone, en perfectionnant et en amplifiant la production, en supprimant les distances ont élargi le domaine des échanges. Les nations ont été rapprochées et le trafic international a pris une place prépondérante. Les marchandises produites plus abondamment ont trouvé plus de débouchés.

D'un autre côté, les sociétés commerciales, particulièrement les sociétés anonymes, ces merveilleuses « pompes aspirantes de capitaux », ont absorbé l'épargne sous forme d'actions ou d'obligations et créé des valeurs mobilières dont l'importance a vite contrebalancé celle des fortunes immobilières, surtout étant donné l'appoint fourni par les titres de rentes émis par les Etats et les villes.

L'échange des marchandises, celui des valeurs mobilières ont donc dû s'effectuer avec une intensité toujours croissante sous la pression du progrès technique. Les foires et marchés intermittents où les transactions avaient lieu sur le vu de l'objet d'échange,

parfois péniblement amené à l'endroit accoutumé, ont cédé le pas (1) aux Bourses, réunions plus fréquentes, souvent quotidiennes, et toujours organisées. A la Bourse des valeurs, aux heures convenues, les capitaux viennent chercher emploi, faciliter la constitution des sociétés et l'émission des emprunts ; à la Bourse de commerce les transactions seront considérables car les marchandises, cataloguées et classées seront plus facilement échangeables. Concentrées sur un même lieu, les opérations s'effectueront nombreuses et les prix tendront à se niveler, non plus d'après la production d'une région, mais d'après celle du monde. Ces prix seront publiés, il y aura une cote officielle pour certaines valeurs ou marchandises, officieuse pour les autres et cette publicité très étendue fonctionnera comme un régulateur des cours dans l'espace.

Ce n'est pas tout ; il est un autre point qui fait ressortir la nécessité actuelle des Bourses : Grâce à l'existence du *marché à terme*, à côté du marché au comptant, les prix vont se régulariser dans le temps. Les valeurs et surtout les denrées et marchandises qui n'auraient trouvé placement que d'une manière successive, vont faire l'objet de transactions immé-

1. Cependant les grandes foires régionales gardent un certain intérêt, et l'on tente de les faire revivre pour favoriser l'essort industriel de telle ou telle région : les efforts faits à notre époque pour lancer les foires de Bordeaux, Lyon, Paris, etc..., sans parler de celle de Leipzig, en témoignent.

diates, d'autant plus facilement qu'en ce qui concerne les marchandises, les affaires ne s'engageront pas sur le vu d'échantillons mais auront pour objet un type uniforme, « fongible ». A la Bourse du commerce, au contraire de ce qui se passe à la Bourse des valeurs, cette fongibilité ne peut pas, on le comprend, être naturelle, elle est artificiellement réglée sur un type moyen. De cette façon, les variations des prix seront moins brusques et les effondrements plus rares. Ce résultat est l'œuvre de la *spéculation*. Spéculer n'est pas jouer ; le jeu est l'œuvre du hasard. Spéculer, c'est prévoir ; « c'est le fait complexe de prévoir les écarts pouvant affecter les cours des marchandises, et de fonder sur ces prévisions l'espoir d'un profit à réaliser au moyen d'opérations successives d'achat et de vente (1) ». Economiquement parlant, il est bon qu'il en soit ainsi, les spéculateurs rendent service, bien plus il sont indispensables : « Vendeurs et acheteurs à terme, écrit M. Gide remplissent l'office de ces ingénieurs qui remplacent les brusques escarpements par des pertes douces, prises de loin, et sur lesquelles le commerce, au lieu de verser ou de casser ses ressorts, peut rouler sans accidents et même sans trop de cahots (2). » Nous n'avons pas l'intention de nous étendre sur les effets bienfaisants des Bourses, ni davantage sur les

1. C. Perreau, *Cours d'économie politique*, 1916, t. II, p. 83.
2. Charles Gide, *Cours d'économie politique*, 5e éd., t. I, p. 380.

attaques dont elles ont été l'objet ; nous croyons en avoir assez dit pour avoir démontré leur nécessité actuelle ; cela d'ailleurs pour prouver ensuite que la nécessité des Bourses a entraîné la nécessité des intermédiaires et leur multiplication.

Leur nécessité ? Plus une machine est perfectionnée, plus elle est, en général, compliquée ; plus son maniement exige en tous cas de connaissances techniques. Toutes les affaires se traitent à la Bourse avec une extrême célérité, il faut que toutes les personnes qui interviennent dans les marchés se connaissent, se fassent confiance. On y parle un langage spécial et l'accord intervenu se constate purement et simplement par une inscription sur un carnet. La rapidité des échanges, la centralisation des ordres, la confiance indispensable ne seront réalisées que si des intermédiaires connus par leur honorabilité et leur solvabilité s'interposent entre vendeurs et acheteurs. Et qui donc tiendrait la cote de Bourse, procéderait à la publicité des cours, publicité ayant une influence si décisive sur le mouvement des transactions et demandant à être fixée suivant de minutieux règlements ?

De plus, le spéculateur, quelle que soit sa puissance personnelle de divination, de prescience des mouvements de cours à venir, a fatalement besoin d'être conseillé. C'est auprès de l'homme de Bourse, d'un intermédiaire honnête, qu'il trouvera

l'expérience souple et avertie, l'étendue et la précision des renseignements. On peut aussi supposer que les affaires du commerçant le tiennent loin de la Bourse ; alors, de toute façon, il lui faudra choisir un mandataire autorisé.

Voilà pourquoi les intermédiaires existent ; ils sont nécessaires au fonctionnement même de nos Bourses, mais c'est pour le public qu'ils sont institués, et comme il s'agit de l'intérêt général, l'Etat, organe de cet intérêt est tenu de surveiller les intermédiaires. Aussi le Code de commerce imposait-il aux agents de change des conditions rigoureuses. Mais les Bourses, en prenant l'extension considérable que nous avons décrite, en accentuant à un degré inouï la fréquence des transactions, ont multiplié logiquement les intermédiaires. La coulisse s'est développée : aujourd'hui, coulissiers et intermédiaires libres négocient des quantités énormes de valeurs. A côté d'eux, sous leurs ordres, évolue d'ailleurs tout un monde d'agents subsidiaires et de rabatteurs.

Le privilège des agents de change a fléchi sur plus d'un point et si le délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change s'est maintenu, le syndicat de la corbeille a dû entrer en rapport avec celui des coulissiers et composer avec lui.

A la Bourse des marchandises l'évolution a été peut-être plus rapide et plus complète : Dès 1866,

les courtiers créés par le Code de commerce, devenus trop peu nombreux, ont été supprimés et la liberté du courtage a été proclamée.

Actuellement les intermédiaires libres appelés *commissionnaires*, possédant d'ailleurs une organisation syndicale, jouent à la Bourse du commerce le rôle des agents de change et des coulissiers à la Bourse des valeurs.

Si l'on ajoute que les commissionnaires, en se portant fréquemment *ducroire* c'est-à-dire en garantissant la solvabilité du tiers contractant, ont tiré de cette convention spéciale un argument, pour ne pas divulguer le nom de ce tiers, il est facile de pressentir que toutes ces causes réunies ont multiplié pour les intermédiaires les occasions de se porter eux-mêmes les contre-partistes de leurs donneurs d'ordres. Le moment est venu de préciser cet errement.

CHAPITRE II

L'intérêt croissant des intermédiaires à pratiquer la contre-partie en a multiplié les formes

Toute médaille a son revers. N'est-ce pas un lieu commun de répéter que le civilisé a des besoins inconnus du sauvage ? Tout progrès dans une des branches de l'activité humaine, en même temps que ses avantages, traîne avec lui son bagage d'inconvénients. Si la Bourse rend des services immenses, indispensables à la société moderne, elle est aussi génératrice de malaises : L'accaparement, les kracks, la contre-partie, autant de maladies des Bourses. La contre-partie n'est pas née dans les Bourses, les germes en remontent à un plus lointain passé, mais elle a trouvé dans notre organisation moderne des échanges un milieu propice pour son développement comme certaines maladies très anciennes, bénines à l'origine, ont trouvé dans les conditions de la vie actuelle des causes de développement.

Que la contre-partie ait vu ses effets et ses réper-

cussions peu à peu prodigieusement agrandis ? Nous tenterons de le prouver dans notre prochain chapitre. Qu'elle ait vu ses formes multipliées ? C'est dès maintenant que nous devons le démontrer.

« Des gens du même métier, écrit Adam Smith au livre premier de la *Richesse des nations*, se rencontrent rarement, même pour s'amuser et se distraire, sans que la conversation aboutisse à quelque complot contre le public ou à quelque entente pour élever les prix (1). » Sans doute le « père de l'économie politique » exagère t-il, les intermédiaires de Bourse sont nécessaires, nous l'avons vu. Loin de nous, également, la pensée d'incriminer une corporation qui, dans l'ensemble s'impose au respect de tous ; si, séduits par l'appât du gain, de nombreux intermédiaires se sont montrés peu scrupuleux, les intermédiaires honnêtes ne peuvent que se réjouir de les voir démasquer.

Or, c'est un fait, et rien n'est entêté comme un fait, la contre-partie a trouvé dans les milieux boursiers, si nous pouvons ainsi nous exprimer, un « bouillon de culture » éminemment propice.

L'entremise d'un intermédiaire étant, dans certains cas en droit, et, en fait, presque toujours indispensable, celui-ci est devenu l'intendant, l'homme de confiance du spéculateur docile, d'autant plus que la

1. Adam Smith, *Richesse des Nations*, livre I^er^, chap. X, 2^e^ partie.

personne du tiers contractant peut paraître indifférente au donneur d'ordres, d'abord parce que le donneur d'ordres n'aura l'occasion d'entrer en rapports avec ce tiers que dans des cas exceptionnels, et ensuite parce que le commissionnaire arrive à supprimer toute cause de relations entre eux en garantissant dans tous les cas l'exécution du marché. Dans ces conditions, tout naturellement, l'intermédiaire ne devait pas manquer de se porter fréquemment, le contre-partiste même de son donneur d'ordre et à l'insu de ce dernier, manquant ainsi à ses obligations de mandataire.

Nous disons : à l'insu du donneur d'ordre, car si l'autorisation pour l'intermédiaire de se porter contre-partiste résulte d'une convention, le donneur d'ordre n'a rien à dire. On a coutume de réserver d'ailleurs, à ce genre de convention le nom de « contrat direct ». Bien que le contrat direct ait été très vivement attaqué, surtout dans le courant de ces dernières années, nous n'y voyons quant à nous rien de répréhensible (1), pourvu, du moins, que les règles légales aient été observées et, notamment, qu'aucune atteinte n'ait été portée au monopole des agents de change. L'autorisation peut d'ailleurs n'être pas expresse, il est possible qu'elle soit tacite : c'est une question de fait, qu'il appartient naturellement au

1. La jurisprudence a admis sa validité. Cf. encore récemment l'arrêt de la Cour de Douai, 3 déc. 1913. Dalloz 1916. 2.190.

juge du fait de trancher. C'est ainsi, que lorsque l'ordre a été donné d'opérer à un prix déterminé d'avance, par exemple, par l'indication du moment : ordre au dernier cours, au premier cours, ou même ordre au mieux, le commettant, s'il s'agit par hypothèse d'une opération sur marchandise, a voulu simplement prendre position à la hausse ou à la baisse ; le commissionnaire a été considéré par lui comme un simple instrument pour atteindre ce résultat. Peu lui importe la personne qui se portera contre-partiste, il n'a visé que l'accès du marché.

Bien entendu le raisonnement serait encore le même, et à plus forte raison, si le prix avait été déterminé par la fixation d'un taux. Le commissionnaire reste dans son rôle d'intermédiaire. Un prix fixe est déterminé, qui s'oppose aux profits illicites du mandataire (1).

Il est à noter, aussi, que la stipulation d'une commission, d'un courtage, n'est pas forcément exclusive de la convention expresse ou tacite de contrat direct. La jurisprudence qui avait d'abord consacré l'opinion contraire (2), tend, de plus en plus, à

1. Cf. Moysen, *le Coulissier contre-partiste en Bourse*, p. 31. Il n'y a plus mandat spécial d'acheter ou de vendre, mais « mandat de procurer une qualité », c'est-à-dire telle ou telle position à la hausse ou à la baisse.

2. Cf. Trib. com. Seine, 17 janvier 1899. Douai, 13 juin 1909 ; Paris, 28 mars 1911 ; *Gaz. Trib.*, 24 avril 1901, etc., Cf. aussi Buriat, *le Commissionnaire contre-partiste en Bourse et spécialement en marchandise*, p. 95.

admettre que le courtage n'est pas incompatible avec le contrat direct. « Notamment, dit un arrêt de la Cour de Paris du 19 juin 1902, dans les marchés à livrer, le commissionnaire contre-partiste procure à son co contractant l'accès du marché où, pratiquement, il ne pourrait opérer lui-même, lui facilite une position d'acheteur ou de vendeur avec les chances qui s'attachent à cette position ; la rémunération de se service justifie pleinement l'allocation d'un courtage, sans modifier toutefois la nature juridique du contrat d'achat ou de vente (1)... »

Voilà pourquoi la jurisprudence approuve le fait, par le commissionnaire de se porter contre-partiste au cas de marché conclu *sur offres fermes* Le commissionnaire s'est entendu avec son commettant pour passer en son nom un marché à un prix débattu et arrêté d'avance, par exemple au cours d'une bourse étrangère. En ce cas, comme le dit excellemment M. Lacour (2), « il est obligé de procurer, une contre-partie à son client aux conditions ainsi déter-

1. *Droit financier*, 5-20 sept. 1902 et *La Loi*, 14 sept. 1902 ; Cf. aussi Paris, 29 janvier 1897. S. 1898. 2. 121. Paris, 5 juillet 1900. *Gaz. Trib.*, 14 oct. 1900 ; Trib, com. de la Seine, 12 juin 1901. *Gaz. Trib.*, 12 juillet 1901. Paris, 19 juin 1902. *La Loi*, 14 sept. 1902. Paris, 28 mars 1901. *Gaz. Palais*, n° 141, 1901, 2e semestre, p. 684.

2. Lacour, *le Commissionnaire contre-partiste en Bourse* (*Annales de droit commerciales*, 1908, p. 105 ; Cf. Paris, 5 juillet 1900. *Gaz. Trib.*, n° du 14 octobre ; Trib. com. Seine, 3 déc. 1900. *Le Droit*, n° du 18 février 1901. Paris, 15 janvier 1907. *Gaz. Palais*, 1907. 1. 186. Paris, 12 nov. 1907. *Droit Financier*, 1908. 158 ; Cassation Requête, 16 mars 1908, etc.

minées, s'il n'en trouve pas sur le marché, il a le devoir, et par conséquent le droit de la fournir lui-même ».

C'est également au nom du même principe d'autorisation tacite que les tribunaux ont, après quelques hésitations validé l'opération par laquelle un coulissier ayant reçu d'un acheteur à terme l'ordre de le faire *reporter*, ou, d'un vendeur à terme l'ordre de le constituer *reporteur* pour la liquidation suivante, s'est constitué sa contre-partie dans la convention spéciale de *report*, a procuré lui-même les fonds ou les titres nécessaires, pourvu que l'opération soit effectuée « au taux moyen des reports (1) ». Le donneur d'ordre a, en effet, tout intérêt à l'admission de cette solution, l'intermédiaire se constitue son *auxiliaire*, il reste donc dans son rôle.

Nous croyons en revanche que la jurisprudence a tort de considérer, comme renfermant une autorisation tacite de se porter contre-partiste le marché conclu *aux conditions et usages du marché de Paris*: L'autorisation de faire de la contre-partie ne doit pas, en effet, se présumer à la légère (2), et la juris-

1. V. Jurisp. Dans Lacour, *Annales de droit commercial*, 1918, p. 110, cf. aussi Paris, 13 déc. 1913. Dall., 1916. 2. 131 ; cf. cependant la note de M. Lacour, Dalloz, 1916. 2. 132, pour la distinction entre les reports réels et les reports fictifs. Les reports fictifs semblent définitivement condamnés par la Cour de cassation (Req., 24 nov. 1909. D. P. 1911. 1. 129). Civ., 7 juillet 1913. D. 1914. 1. 313.

2. Cf. en ce sens Gaignoux, *Etude de la jurisprudence sur l'ex-*

prudence a été mieux inspirée en adoptant la solution contraire relativement à la clause : « aux conditions de la caisse de liquidation ». On ne peut aussi que la louer d'avoir expliqué par le même concept d'autorisation tacite l'hypothèse des *marchés d'application*, dans lesquels le coulissier ou le commissionnaire ayant reçu de deux clients, relativemement à un même objet, des ordres en sens inverse, forme par sa seule volonté un contrat entre les deux clients. De même, un banquier, chargé d'acheter à la même bourse, pour le compte de plusieurs clients des titres de même nature, ayant effectué ces achats à des moments divers de la séance, et, par suite, à des taux variés se voit dans l'impossibilité matérielle d'affecter à chaque client une contre-partie déterminée. Il est d'usage courant de faire, en cette hypothèse, une moyenne des cours et d'appliquer cette moyenne à tous les clients ; chacun obtient ainsi ses titres au même prix : c'est l'opération dite d'*arbitrage*. Il serait inexact de soutenir qu'ici l'intermédiaire est contre-partiste : le bloc des vendeurs forme la contre-partie du bloc des acheteurs. « Dans chaque achat, chacun des clients figure ; les titres qu'il a achetés proviennent des diverses opérations exécutées dans la même journée ; la contre-partie est constituée par les vendeurs et non par l'intermé-

ception de contre-partie, p. 56 et Lacour, *Ann. de dr. com.*, 1908, p. 108 et note au Dalloz, 1906. 2. 17.

diaire... L'arbitrage n'est autre chose que la réunion, l'exécution cumulée de plusieurs mandats (1). »

En résumé, dans toutes ces hypothèses, ou bien l'intermédiaire s'est porté contre-partiste avec l'assentiment exprès ou tacite du donneur d'ordre, ou bien, c'est le cas d'arbitrage, en dernière analyse ce n'est pas l'intermédiaire qui constitue la contre-partie. La contre-partie déclarée, ou contrat direct, s'est donc manifestée sous diverses formes au fur et à mesure que les Bourses croissaient en activité. Dans ces cas, il n'y a pas de contre-partie occulte et nous croyons donc licites les opérations envisagées. Du reste, nous n'avons pas à étudier ici les conséquences du contrat direct ; il nous suffit de mettre à part les hypothèses de contre-partie déclarée pour nous consacrer à la contre-partie clandestine dont les manifestations se sont multipliées.

Peu à peu une concurrence effrénée s'est organisée entre intermédiaires. A la Bourse des valeurs, le marché officiel détient le monopole de toutes les grosses valeurs de spéculation, des plus sûres en tous cas. Les coulissiers (trop nombreux : 115 contre 70 agents de change), certains établissements de crédit, des intermédiaires libres de toutes catégories, remisiers, etc..., limités jusqu'à un certain point, quant à

1. Wahl, note au Sirey, 1898. 1. 497.

la possibilité de négociations rénumératrices, obligés, d'autre part, par leurs fonctions mêmes, d'avoir, à leur disposition, des capitaux considérables, ont songé trop souvent à se rabattre sur la pratique de la contre-partie clandestine pour réaliser de beaux bénéfices. A la Bourse des marchandises, il n'y a pas de marché officiel ; le marché est libre en principe depuis la loi du 18 juillet 1866, mais la situation qui en est résultée se présente comme étant à peu près la même que celle constatée à la Bourse des valeurs : Vivre exclusivement de courtages, pour des maisons trop nombreuses disposant de grandes ressources en capitaux est apparu à beaucoup comme une chose inacceptable.

Et la contre-partie clandestine s'est aussi révélée à ces maisons comme étant d'un trop bon rapport pour la laisser échapper. Poussées par la nécessité de faire fructifier leurs capitaux, se mouvant sur un terrain boursier connu à merveille, prenant position à la hausse ou à la baisse, se créant des stocks de denrées ou de titres, elles se trouvent tout naturellement tentées d'écouler leur propre stock au moment propice, au fur et à mesure des ordres qu'elles reçoivent.

Toutes espèces de fraudes leurs sont faciles. Supposons, notamment, qu'un intermédiaire ait exécuté pour un client des opérations à des cours plus avantageux que ceux dont le client pouvait exiger l'appli-

cation, quoi de plus facile que de s'appliquer à soi-même cette opération? Un banquier est chargé, par exemple, d'acheter « au mieux » 50 titres de telle espèce. A l'ouverture de la Bourse des valeurs, il les achète à 500 francs ; puis le marché s'échauffe, les cours montent ; en fin de séance, presque à la clôture, ils atteignent 510 francs. Le banquier adressera au client un avis d'opéré qui mentionnera l'achat des titres au cours de 510 francs ; alors qu'en réalité il se les sera procurées d'un tiers à l'ouverture, à 500 francs. Nous avons reconnu, plus haut, à l'intermédiaire qui reçoit un ordre d'opérer « au mieux » le droit de se porter contrepartiste et le banquier ne manquera pas de répliquer, en cas de contestation de la part de son client : « Je vous ai vendu les cinquante titres à 510 francs, cours effectivement coté le jour désigné. » Nous n'en croyons pas moins que ces agissements, que les Allemands ont appelé « la taille dans les cours » (Schnitt) sont frauduleux et que le client a un droit incontestable au bénéfice résultant d'une opération réellement effectuée pour son compte avec un tiers. Du reste, peut-on sérieusement soutenir que l'intermédiaire qui « taille dans les cours » agit « au mieux » des intérêts de son donneur d'ordre ? Le même raisonnement doit être fait si l'on suppose que l'ordre au lieu d'être « au mieux » est un ordre d'opérer à un cours déter-

miné : le chiffre fixé est un maximum s'il s'agit d'un ordre d'achat, un minimum dans le cas contraire.

Mais la « taille dans les cours » est une fraude relativement simple en elle-même ; elle peut se compliquer d'une série d'opérations de la part de l'intermédiaire ; celui-ci peut s'en servir pour spéculer sans risques, « jouer la tendance ». Jouer la tendance, c'est escompter les fluctuations des cours d'une séance ; les uns, en présence d'une ouverture révélant la baisse, prévoient une baisse plus accentuée, les autres une hausse sensible. Chacun suivant ses prévisions fondées sur son intuition et son expérience, prendra position. Les variations de la côte peuvent être nombreuses dans le courant d'une séance, remisiers, banquiers, coulissiers à la Bourse des valeurs, commissionnaires à la Bourse des marchandises peuvent d'autant plus être tentés de « jouer la tendance » qu'ils peuvent le faire sans risques, « sur le dos du commettant ». Comment ? « Chargé, par exemple, écrit M. Lacour (1), d'acheter une certaine valeur, il (l'intermédiaire) achète au premier cours, soit à 100. Si la baisse survient, ce cours sera compté au client, qui aura seul à en souffrir. Dans le cas de hausse, au contraire, le caractère avantageux de l'opération devenant manifeste, le commissionnaire la prend à son compte, revend les titres à 101 et en

1. Dalloz, 1905. 1. 69 (note).

rachète une égale quantité à ce même cours : c'est ce dernier achat qu'il portera au compte de son client. *Il peut opérer ainsi plusieurs fois de suite*, au fur et à mesure que les cours montent : *de sorte qu'il spécule à coup sûr*, ayant toutes les chances de gagner, et laissant à son client tous les risques de perte. »

Et ceci est nouveau : avant la réception des ordres, le commissionnaire n'a pas en main les objets qu'il est chargé d'acheter, il se les procure d'un tiers, mais il le fait pour son compte, sauf à en transférer par la suite la propriété au commettant (1). Le progrès des Bourses, la multiplication des intermédiaires le voulait ainsi : sur la contre-partie directe s'est greffée la contre-partie indirecte.

D'ailleurs loin d'abandonner la contre-partie directe, celle où le contre-partiste fait sortir réellement de son patrimoine des éléments qui s'y trouvaient dès avant la réception de l'ordre, celle qui ne nécessite pas de sa part la recherche d'un tiers, les intermédiaires l'ont utilisée à un degré extrême dans ce que l'on a nommé la « manipulation des cours ».

Nous avons vu que les intermédiaires, du moins certaines maisons, que l'on a fini par désigner couramment sous le nom de maisons de contre-partie, détiennent des capitaux considérables, il leur est facile, sinon pour toutes les valeurs ou pour toutes

1. Cf. Morel, *op. cit.*, p. 47.

les marchandises, du moins pour bon nombre d'entre elles (actions de sociétés au début, par exemple), d'accaparer un stock énorme d'objets de spéculations, de les raréfier ainsi sur le marché, de provoquer ensuite par différents moyens (conseils, appels, prospectus, journaux, etc...) des demandes nombreuses, qui leur vaudront d'écouler à leurs donneurs d'ordres, à des prix très élevés, le stock constitué. La plupart du temps, répétons-le, toutes ces opérations s'accompagent de mise en scène, de moyens de publicité, de toute une série de manœuvres. Naturellement, les courtages stipulés du donneur d'ordres viennent augmenter les bénéfices des contre-partistes clandestins.

Telle est la situation, le degré de prospérité, peut-on dire atteint par la contre-partie occulte dans nos milieux boursiers. Elle a grandi en fréquence, en ampleur, elle s'est différenciée dans les formes, il est facile maintenant de concevoir qu'elle a varié dans ses effets.

CHAPITRE III

Progression néfaste des effets de la contre-partie clandestine. Exemple de « prélèvement » dolosif elle rentre dans la notion du Mal économique.

« Quand il arrive des tems où il y a cessation de commerce, que les négociants ne mandent point de marchandises, les commissionnaires riches et accrédités, achètent ordinairement des marchandises des ouvriers, à bon marché, et les gardent en magasins jusqu'à ce que leurs commettans leur en demandent : et des marchandises augmentent quelquefois notablement de prix. Quand cela arrive, il ne serait pas raisonnable que les commissionnaires les donnassent au même prix qu'ils les ont achetées parce qu'ils ont avancé leur argent et qu'ils ont couru le risque... » Ainsi s'exprimait dès l'année 1675, Savary, dans son célèbre *Parfait Négociant* (1).

De leur côté, Casaregis, Ansaldo, la Rote de Gênes (2), admettaient aussi, comme conforme aux

1. T. II, p. 240.
2. Casaregis, Disc., 197, n° 22; Rote de Gênes, *Decisiones*,

usages, au « styles » du commerce, la pratique de la contre-partie.

C'est donc, ont déclaré, plusieurs auteurs modernes (1), que la contre-partie ne heurte aucun principe juridique ; s'il en était autrement, on n'aurait pas attendu les plaintes récentes de spéculateurs malheureux pour le prétendre. Bien plus, on s'est appliqué à découvrir à la contre-partie des effets bienfaisants : en outre d'une grande simplicité dont elle aurait l'avantage, on est allé jusqu'à soutenir, très ingénieusement d'ailleurs, il faut le reconnaître, que, dans certaines hypothèses économiques, sa pratique était nécessaire. M. Dreyfus s'est particulièrement fait le champion de cette idée : Une panique se produit-elle sans raison sur les fonds d'Etat français, par exemple, si les agents de change sont seuls, même en fait, à exécuter les ordres, comment faire face, aux ordres de vente qui viendront en masse causer l'effondrement des cours? Au contraire, dit-on, grâce aux coulissiers, on aura dès le début une

déc. 30, n° 41 ; Ansaldo, *Discursus legales de commercio et mercatura*, disc. 31, n° 11 : « De stylo mercatorum qui accipiunt mandatum se emendo scribunt mandato fecisse emptionem pro certo pretio, quamvis multoties adhunc in effectu non emerint dum modo successive consignent illam rem pro illo certo pretio jam scripto, sive illud minui sive augeri contingat. »

1. Confert notamment en ce sens les remarquables notes de jurisprudence de M. Wahl, le traité du mandat, etc... Baudry-Lacantinerie et Wahl n° 618 et M. Dreyfus dans les *Annales de Droit commercial*, année 1898.

vision plus nette de la réalité, par ce fait que les ordres de vente non justifiés trouveront sur le marché des contre-parties qui, ayant des événements une idée raisonnée, « soutiendront les cours par leur action, et qui, gardant les titres en suspens jusqu'au retour de la confiance dans l'esprit public, empêcheront ainsi la débâcle (1) ».

L'observation a sa valeur ; mais nous ne croyons pas, quant à nous, qu'il soit indispensable, pour éviter la catastrophe, que les coulissiers se portent les contre-partistes des ordres de vente qu'ils reçoivent. Les fonds d'Etat sont en baisse ? Rien n'empêche les coulissiers de se porter acheteurs de titres, en chargeant, bien entendu, un agent de change de l'opération.

De même, à la Bourse de commerce, telle ou telle marchandise est-elle, d'une façon irraisonnée, l'objet de demandes excessives ; il est loisible aux commissionnaires de procéder à des achats pour eux-mêmes, sans se porter contre-partistes de leurs clients.

Cet argument ne pèse donc pas plus, en définitive, en faveur de la pratique moderne de la contre-partie que celui tiré, pour elle, des usages anciens. La question, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, ne se présente plus sous le même jour qu'à l'époque

1. Dreyfus, *op. cit.*, p. 222.

de la Rote de Gênes, ou même des auteurs du Code de commerce.

Le commissionnaire, entrepositaire de marchandises, tel qu'il existait au temps de Savary, a vécu ; la facilité des communications l'a peu à peu remplacé par le *représentant de commerce*, uni à sa *Maison*, par des liens permanents et exclusifs. Si le commissionnaire en Bourse, porte actuellement le même nom, son rôle est bien différent ; différents sont aussi les effets de ses opérations de contre-partie quand il la pratique, et singulièrement plus lésionnaires.

Non pas qu'au temps de Savary on ne puisse déjà enregistrer une entorse à la loi des contrats, et, par suite, une atteinte à l'intérêt privé ; toutes les fois bien entendu que la contre-partie était occulte, car nous avons mis à part, en admettant leur légitimité, les hypothèses de contre-partie déclarée. Encore pouvait-on dire que le client, en fait, supposait que le commissionnaire d'autrefois possédait des entrepôts de marchandises ; et par suite, la contre-partie pouvait être considérée, la plupart du temps, comme *tacitement* autorisée. Il est loin, aujourd'hui, d'en être ainsi, et l'intermédiaire, commissionnaire ou coulissier, qui reçoit d'un donneur d'ordre *mandat* de vendre ou d'acheter et qui se porte contre-partiste, se met en *opposition d'intérêts* avec son mandataire. S'il a reçu mandat d'acheter, en se por-

tant contre-partiste il devient vendeur, ayant par conséquent les intérêts d'un vendeur, opposés à ceux de l'acheteur qui, dans l'espèce, est son client dont il avait promis de soutenir les intérêts par son contrat de commission. M. Wahl (1), lui-même, l'un des plus éminents défenseurs de la contre-partie, est logiquement conduit à admettre cette transformation du mandat en vente. Si cette transformation est déclarée, s'il y a contrat direct, nous admettons qu'il n'y a rien à dire, mais est-elle secrète ? L'intérêt du donneur d'ordre se trouvera lésé (2).

Mais, à vrai dire, la question n'est pas restée sur ce terrain. Si les difficultés relatives à la contre-partie sont d'origine plutôt récente, c'est, sans doute, par ce qu'elle est devenue plus fréquente, mais aussi, nous le savons, parce que, dans les Bourses, grâce aux circonstances économiques nouvelles, c'est un nouvel aspect qu'elle a pris. Evidemment, le donneur d'ordre lésé reste intéressant, d'autant plus que, comme nous l'avons constaté dans le chapitre précédent, les manières de réaliser à son détriment des bénéfices considérables n'ont fait que s'accroître. On a coutume de citer la façon d'agir d'une banque de Berlin, rapportée par Eschenbach (3), banque qui

1. Wahl, note au *Sirey*, 1898.1.498,

2. Cf. en sens contraire Gaignoux, *op. cit.*, p. 19.

3. *Das Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs* (*Zeitschr fün Handelrecht*, t. XLI, p. 29).

s'étant procuré à l'avance la plus grande partie des titres d'une certaine catégorie et les ayant raréfiés sur le marché, avait donné à ses clients le conseil de se porter acheteurs de ces titres au premier cours du jour suivant. Les ordres d'achats affluèrent ; l'offre étant faible, une hausse énorme s'ensuivit logiquement. Si la baisse ne tarda pas à survenir, des vendeurs se présentant, peu importait à la banque qui avait profité pour écouler au premier cours, très élevé, tout son stock de titres à ses clients.

Cette manière d'opérer a choqué les plus ardents partisans des contre-partistes, et, cependant, elle ne fait que mettre davantage en lumière le vice inhérent a toute contre-partie clandestine, même la plus simple. Il y a des principes économiques certains qui condamnent la contre-partie occulte ; le moment est venu de le préciser :

« Chaque fois que l'on a voulu ériger en véritable science, l'étude des faits économiques, il a fallu compter avec trois obstacles principaux : la complexité de l'objet, la multiplicité des causes, et l'interdépendance des phénomènes (1). » Les classiques, à la suite de J.-B. Say, n'avaient pas voulu s'en rendre compte : l'économie politique, disaient-ils, est fondée sur des *lois naturelles* et la tâche de l'économiste se réduit à la simple exposition de la manière *naturelle*

1. Ch. Bodin, *Esquisse d'une conception et d'une ordonnance scientifiques de l'Economie* (*Revue d'Economie politique*, 1920).

dont les richesses se forment, se distribuent, se consomment.

Les lois naturelles ne peuvent être changées, alors même qu'on le voudrait ; les lois naturelles ne doivent pas être changées alors même qu'on le pourrait. Laissez la libre concurrence naturelle opérer d'elle-même sur le marché, concluaient-ils, et tout ira pour le mieux.

La doctrine hédoniste moderne a justement reproché à la doctrine classique de croire trop aisément à la réalité et à la généralité de principes souvent insuffisamment vérifiés et, grâce aux deux écoles mathématique et psychologique, nous avons aujourd'hui une science économique plus prudente. Mais bien que les hédonistes critiquent, à la suite de M. Walras (1), le caractère de science naturelle attribué par les classiques à l'Economie, leur théorie de l'équilibre aboutit, en somme, aux mêmes conséquences en ce qui concerne la libre concurrence. Eux aussi ont dû se placer en présence d'un « milieu hypothétique », voisin de celui où se mouvait l'*homo-œconomicus* de Ricardo, pour démontrer que la libre concurrence absolue réalise le maximum de satisfaction pour chaque individu. Il est vrai qu'ils s'en rendent parfaitement compte et qu'ils ne sont nullement dupes de cette simplification, lorsque, pour échapper

1. Walras, *Economie politique pure*, p. 9.

à l'obstacle créé par l'interdépendance des phénomènes dont nous parlions tout à l'heure, ils font appel au secours des mathématiques : « *Utilité totale maxima* d'une part, *unité de prix* d'autre part — soit des produits sur le marché des produits, soit des services sur le marché des services, soit des *revenus* sur le marché des capitaux — telle est... toujours la double condition suivant laquelle tend à s'ordonner de lui-même le monde des intérêts économiques, tout comme l'attraction en raison directe des masses et en raison inverse du carré des distances est la double condition suivant laquelle s'ordonne de lui-même le monde des mouvements astronomiques (1). »

La mécanique de la libre concurrence réglerait donc à elle seule, de façon satisfaisante, le marché !

Mais tout cela n'est vrai qu'en théorie ; cette simplification des phénomènes économiques peut avoir une utilité pour l'étude du processus des phénomènes directs, c'est-à-dire des manifestations actives du développement normal des données primordiales qui dominent la science économique (2), mais alors,

1. Walras, *loc. cit.*, p. 305.

2. Cf. Bodin, *loc. cit.*, p. 195 : « Trois données fondamentales ont été posées jusqu'ici : 1° *Les quatre postulats,* dont est issu le phénomène économique naturel : *a*) le besoin, souffrance humaine ; *b*) la satisfaction, exigence vitale ; *c*) la nature, source indispensable d'éléments de satisfaction, mais aussi d'inévitables résistances ; *d*) l'effort nécessaire et pénible, cause de besoins vitaux supplémentaires ; 2° Le *phénomène économique naturel*,

on élimine forcément certaines des influences qui compliquent la vie économique. « La complexité de l'objet, la multiplicité des causes et l'interdépendance des phénomènes », font et feront toujours, que la théorie hédoniste, supposant l'existence d'un marché parfait, est en opposition avec la réalité. Déjà, par lui-même, le fonctionnement de nos Bourses est en contradiction avec la théorie de la détermination des prix. Nous voulons bien croire que la doctrine hédoniste, sur ce point, aboutit à la vérité économique pure, mais elle ne peut prétendre rendre compte de la vie économique : l'existence de la spéculation boursière, telle que nous l'avons précédemment décrite, est en opposition formelle avec ses conclusions. Quantité de gens prennent position à la hausse ou à la baisse qui n'ont aucun désir de la denrée ou de la valeur sur laquelle ils spéculent; la somme des demandes n'est pas en réalité la somme des besoins.

Cependant nous avons reconnu nous-mêmes l'utilité de la spéculation boursière, mais encore faut-il pour cela que les opérations soient sérieuses : Or, souvent cette condition n'est pas remplie et l'existence des marchés fictifs se résolvant par le versement d'une simple différence vient encore controuver,

c'est-à-dire l'inéluctable subordination de la vie et du développement de l'humanité à l'emploi calculé et méthodique de ses forces ; 3° L'*économie*, c'est-à-dire la recherche de l'opportunité et de l'efficacité de l'effort... »

dans les faits, la théorie de la détermination des prix. La pratique de la contre-partie lui apporte un nouveau démenti ; des demandes ou des offres qui devaient normalement influencer la discussion des prix sur le marché, n'y parviennent pas, sont détournées de leur but. Cela est vrai tout d'abord des opérations de contre-partie opérées en dehors du marché public, de ce que nous avons appelé la contre-partie directe (qui est autre chose que le contrat direct ou contre-partie déclarée), roulant sur des valeurs existant déjà, avant la réception de l'ordre, dans le patrimoine de l'intermédiaire. Ces titres ou ces marchandises sont soustraits à la discussion générale des prix ; l'offre des titres ou des marchandises ne laissera aucune trace à la cote officielle ; les contre-partistes font un mensonge du *Bulletin officiel*.

Il en est de même, d'ailleurs, de la contre-partie indirecte ; le résultat est identique : l'attribution de gains parfois énormes aux intermédiaires, et le manque de sincérité de la côte. Par le mécanisme même de la « taille dans les cours », de la « spéculation sur le dos du commettant », des tiers *favorisés* se placent entre acheteurs et vendeurs, tiers dont l'intervention a pour effet de les faire acheter plus cher ou vendre meilleur marché (1). Il faut du reste, aller plus loin. Ici, aucune utilité ne peut plus être invoquée ; au

1. Cf. Pétellat, *Les faux marchés à terme*, t. II, p. 134.

point de vue économique, l'intermédiaire touche une rémunération à laquelle il n'a pas droit. « Il y a *prélèvement* a-t-on dit, toutes les fois qu'un homme acquiert un pouvoir économique sur un bien, en substituant sans une exacte compensation, ce pouvoir au pouvoir économique exercé jusque-là par un autre homme sur le même bien (1). » Cette manifestation du penchant des hommes à entrer en lutte les uns avec les autres, est bien le caractère que dégage l'analyse de la contre-partie occulte ; elle constitue un exemple frappant de *prélèvement*. Nous ajouterons que ce prélèvement est un prélèvement *dolosif*, car il est le résultat d'une tromperie, et, parfois même, de manœuvres frauduleuses nettement caractérisées.

Nous ne sommes plus en présence d'un de ces phénomènes « directs » auxquels nous faisions allusion tout à l'heure, mais d'un phénomène « dérivé », accidentellement greffé sur une manifestation du développement direct et normal de l'Economie : l'échange. Et ce phénomène « dérivé » procède de l'Erreur par opposition à la Vérité économique, ou mieux du Mal par opposition au Bien économique auquel rêvait Bastiat (2). « Nous entrevoyons, écrit M. Charles Bo-

1. Bodin, *loc. cit.*, p. 199.

2. « Je crois que tout dans la société est cause de perfectionnement et de progrès, même ce qui la blesse. Je crois que le Mal aboutit au Bien et le provoque, tandis que le Bien ne peut abou-

din (1), un chapitre de l'Economie complexe dans lequel il serait exposé, avec preuves à l'appui, que le *perfectionnement des méthodes et des techniques a, de tout temps, donné aux instincts de prélèvement et d'enrichissement des occasions nouvelles de s'exercer ;* que notamment les progrès de la division du travail, en multipliant les échanges, ont multiplié les chances du lucre et du dol, et que le péril de l'enrichissement prélevé, développé jadis par l'invention de la monnaie, *n'a rien été en comparaison des dangers qu'ont fait naître, de nos jours, les abus du crédit.* »

L'examen de la contre-partie occulte n'illustrerait-il pas d'un exemple particulièrement topique ce chapitre de l'économie complexe ? Nous avons étudié plus haut la multiplication des formes de la contre-partie clandestine, cette multiplication des formes a eu pour résultat de mettre en dehors de l'équivoque ses effets déplorables, en les amplifiant. Ce mal économique ne mérite aucun ménagement.

Mais cette certitude n'a pas toujours existé, nous le verrons dans la seconde partie de ce travail. Quand on a aperçu les « inconvénients » de la contre-partie occulte, on a d'abord cru que l'application des principes du droit civil et du droit commercial suffiraient pour les enrayer. Au fur et à mesure que s'est formée

tir au Mal, d'où il suit que le Bien doit finir par dominer. » *Harmonies économiques* (préface) :

1. *Loc. cit.*, p. 215.

la physionomie actuelle de la contre-partie, le danger public se précisant, l'insuffisance de la sanction civile est apparue de jour en jour. Celle-ci a dû faire place, à la sanction pénale, d'application rare au début, et subordonnée à de rigoureuses conditions, mais qui s'est accentuée en une conception très nette que nous aurons à décrire. En un mot, à l'évolution économique de la contre-partie, a correspondu une évolution répressive à l'exposé de laquelle nous devons maintenant nous consacrer.

DEUXIÈME PARTIE

ÉVOLUTION DE LA CONTRE-PARTIE OCCULTE AU POINT DE VUE RÉPRESSIF

Lorsque la pratique de la contre-partie tendit à se généraliser, et ses effets à se faire sentir, la question de sa légitimité se posa devant les tribunaux. Et la jurisprudence se trouva saisie de la difficulté tout naturellement par la voie d'une exception, opposée par les spéculateurs malheureux actionnés en paiement de différences. A l'exception de jeu, à celle de l'article 76 du Code de commerce tirée du défaut de qualité de l'intermédiaire est venue s'adjoindre, pour entraver la demande en règlement de compte des intermédiaires (et cela surtout depuis la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à termes restreignant l'application de l'exception de jeu), l'exception dite « de contre-partie ». Le donneur d'ordres, ne se contente plus de critiquer un vice d'exécution, il dénie l'existence d'une exécution.

Mais il ne suffit pas d'invoquer une exception, encore faut-il la justifier en droit. La pratique de la contre-partie heurte-t-elle, dans notre législation, un texte spécial ?

Parmi les législations étrangères, il en est qui interdisent la contre-partie en vertu d'un texte formel : on peut citer le Code de commerce espagnol (art. 267), le Code chilien (art. 271), le Code argentin, mais ces législations sont, il faut le dire, peu nombreuses. Plus considérable est un second groupe qui, sous certaines conditions, autorise la contre-partie ; les législations qui le composent ont d'ailleurs pris comme modèle l'article 376 du Code de commerce allemand de 1861 réglementant la pratique du Selbsteintritt (1). On peut faire rentrer dans ce groupe, en outre du Code allemand réformé en 1897 (§ 400 et s.), les Codes de commerce hongrois (art. 381), italien (art. 386), portugais (art. 274), roumain (art. 411), et le Code fédéral des obligations (art. 444).

La législation française ne rentre ni dans le premier ni dans le second groupe, en ce sens qu'aucun texte général ne vient viser la contre-partie. Donc, à part certaines précisions que nous allons faire, elle laisse la question sous l'empire des principes généraux. Il y a, disons-nous, des exceptions :

En ce qui concerne la Bourse des valeurs, l'article 85 du Code de commerce en décidant qu'un agent de change « ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou

1. L'intermédiaire à la faculté « d'entrer dans le contrat » (Selbsteintrittrecht). Cf. pour le *Droit Allemand* : Morel, *op. cit.*

de banque pour son compte », « s'intéresser directement ou indirectement, sous son nom, ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale » sous peine des sanctions de l'article 87 (1), interdit, par suite, aux agents de changes toute opération de contre-partie. En outre, à la Bourse des marchandises, la loi de Finances du 27 février 1912, dans son article 8 (alinéas 2 et 3) est venue, (c'est ce qui ressort d'ailleurs des explications du rapporteur M. de Monzie) interdire aux commissionnaires de se porter contre-partistes de leurs clients *non professionnels*, *même si les clients l'acceptent*, en modifiant dans les termes suivants l'article 10 de la loi de Finances du 13 juillet 1911 : « Quiconque ne s'occupe pas professionnellement de l'achat ou de la vente des marchandises et denrées dont le trafic à livrer est réglementé dans les Bourses de commerce, ne peut traiter des marchés à terme ou à livrer sur ces marchandises et denrées aux conditions des règlements établis dans lesdites bourses que par l'entremise d'un courtier ou d'un commissionnaire restant soumis aux obligations qui dérivent de sa qualité de mandataire. » Et la loi ajoute : « Toute opération d'achat ou de vente faite contrairement aux prescriptions du paragraphe précédent est nulle et ne peut engendrer aucun lien de droit. » Les courtiers et

1. Destitution et amende.

commissionnaires sont du reste, dans l'obligation de tenir un répertoire indiquant, outre les opérations, « la nature des marchandises..., les noms des parties en présence ou des donneurs d'ordres et l'époque de la livraison. »

Cette loi de 1912 est donc venue récemment restreindre le champ d'application de la contre-partie à la Bourse de commerce ; mais en dehors des cas non visés par elle, et, pour la Bourse des valeurs, par l'article 85 du Code de commerce, la question demeure, nous l'avons dit, soumise aux principes généraux.

Tour à tour, les arguments les plus variés, les textes les plus divers ont été invoqués devant la jurisprudence. Devant elle aussi, se sont dévoilés peu à peu, au fur et à mesure qu'ils croissaient en fréquence et en ampleur, suivant l'évolution que nous avons précédemment étudiée, les effets néfastes de la contre-partie. La jurisprudence n'est pas restée désarmée, le remède a évolué avec le mal.

D'abord hésitants devant la nouveauté du problème et la dialectique serrée des ardents défenseurs de la contre-partie, les tribunaux ont dû admettre la nullité civile des opérations de Bourse entachées de contre-partie clandestine ; puis, les conséquences du mal, loin d'être enrayées, prenant au contraire une extension considérable et menaçant, au plus haut point, l'ordre public, ils ont pensé que les textes du

droit pénal pouvaient servir de base à la répression de la contre-partie occulte.

Dans l'ensemble, nous nous trouvons en présence d'un exemple frappant de formation progressive d'un système jurisprudentiel dont l'opportune souplesse aura finalement raison du fléau, ou du moins, s'il le faut absolument, aura préparé la voie à l'intervention législative. Cette intervention ne doit en tous cas se produire que lorsque la jurisprudence, après des hésitations plus ou moins longues, peut-être même après quelques erreurs, aura consacré solidement les principes qui deviendront les principes de la loi (1). Peut-être ne sommes-nous pas éloignés de ce jour, mais nous sommes encore pour le moment en présence du système répressif jurisprudentiel tel qu'il s'est formé progressivement et que nous allons étudier en deux titres consécutifs :

TITRE I^er^. — La sanction civile.

TITRE II. — La sanction pénale.

1. Cf. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence civile*, p. 196.

TITRE PREMIER

LA SANCTION CIVILE

Nous avons vu la jurisprudence valider l'opération de contre-partie toutes les fois qu'elle se trouvait en face d'une autorisation expresse ou tacite émanant du donneur d'ordre. Nous n'examinerons pas ici les effets de cette validité du contrat direct, notre étude étant consacrée à l'évolution des moyens répressifs, au sens large, employés consécutivement contre les conséquences malfaisantes de la contre-partie clandestine. Il nous suffit d'avoir précédemment mis à part les hypothèses où la validité étant admise, la répression n'aura pas à s'exercer ; nous n'avons pas à y revenir.

En présence des premières exceptions de contre-partie opposées par les spéculateurs, la jurisprudence, après quelques hésitations, sans avoir encore une vision très nette de la question, comprit qu'un intérêt privé était lésé, que l'intermédiaire contre-partiste prenait position contre son client.

Les règles du mandat étaient violées. Jusqu'à

l'époque récente (1) les auteurs qui avaient écrit sur le mandat étaient unanimes sur ce point : « Il faut bien se pénétrer, écrivait M. Guillouard (2) de cette idée fondamentale, dans le contrat de mandat, que le mandataire ne peut faire d'autres profits dans ce contrat que l'allocation du salaire convenu entre lui et le mandant ou fixé par l'usage; tout autre bénéfice est illicite; non seulement s'il l'obtient par des moyens malhonnêtes, mais par quelque procédé qu'il réalise ce gain. Le mandataire doit appliquer toute son habileté dans l'intérêt du mandant auquel il a promis ses services et non dans le sien propre, qui est suffisamment sauvegardé par la rémunération à laquelle il a droit si le mandat est salarié ».

Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas tardé à frapper la contre-partie pratiquée à l'insu du donneur d'ordres.

Elle l'a frappée de nullité parce que, avons-nous dit, à ses yeux, la contre-partie engendrait une opposition d'intérêts entre l'intermédiaire et le donneur d'ordres : c'est là l'idée maîtresse qui l'a décidée, qu'elle a prise pour fondement.

Aurait-il suffi de constater cette opposition d'intérêts, pour en conclure immédiatement que l'intermédiaire avait failli à ses obligations de mandataire ? C'est possible, mais les tribunaux ont voulu s'abriter

1. Cf. en ce sens contraire Baudry-Lacantinerie et Wahl, nos 618 à 620.

2. *Contrat du mandat*, n° 106.

derrière un argument de texte. Ils l'ont trouvé dans l'article 1596 du Code civil stipulant que « ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées,... les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre... »

C'est l'article 1596 que les décisions judiciaires ont étendu de l'adjudication au cas qui nous occupe, qu'elles ont pris pour pivot. Nous en trouvons l'expression la plus nette dans un attendu de l'arrêt de la Cour suprême du 28 octobre 1903 : « Attendu qu'aux termes de l'article 1596 du Code civil, le mandataire ne peut se rendre acquéreur des biens qu'il est chargé de vendre, et que les raisons qui ont fait édicter cette prohibition commandent qu'on en fasse l'application aux commissionnaires chargés de vendre ou d'acquérir des marchandises pour le compte de leurs commettants (1). »

Sans doute cette extension de l'article 1596 est-elle criticable, sans doute le texte ne vise-t-il que les cas d'une adjudication, d'une vente aux enchères ; sans doute, enfin, peut-on dire que cette vente aux enchères n'est possible que lorsqu'il s'agit d'un corps certain, et non plus lorsqu'il est question de transactions portant sur des choses seulement désignées *ingenere;* mais il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence a constamment maintenu sa manière de

1. Dalloz, 1904. 1. 88.

voir tant en ce qui concerne les commissionnaires en marchandises que pour les intermédiaires en valeurs. Elle a résisté à de remarquables interventions en faveur de la contre-partie, et c'est en vain que tout un courant de la doctrine a combattu le principe de la nullité civile, en cherchant à le restreindre, à le limiter le plus possible, à prouver ou bien que l'opposition d'intérêts n'existe pas, ou bien que l'interprétation des volontés des parties commande la validité de la contre-partie toutes les fois qu'une volonté contraire n'a pas été exprimée.

Mais le premier système jurisprudentiel ne devait pas suffire à enrayer la contre-partie.

Tout d'abord, la sanction elle-même allait se révéler d'une efficacité trop faible : fidèle à la logique de sa conception, voyant dans la contre-partie un mode d'exécution anormal du mandat, la jurisprudence devait admettre le caractère relatif de la nullité. C'est la nullité relative, la simple annulabilité qui est encourue.

Si la jurisprudence avait considéré l'intervention du commissionnaire ou du coulissier, en qualité de contre-partiste du client, comme inadmissible, complètement inconciliable avec l'exécution du contrat de mandat ; si, en d'autres termes, elle n'avait pas admis la possibilité du contrat direct, de la contre-partie avouée, déclarée comme mode d'exécution du mandat, la nullité absolue, invocable par tous, où

même l'inexistence s'imposaient. Mais les tribunaux se sont attachés à l'interprétation de volonté: si le commettant n'a pas accepté la contre-partie, c'est derrière la prohibition de l'article 1596 qu'on prétend l'abriter. Or, la sanction de l'article 1596 ne peut être que la nullité relative(1) et cette sanction devait, disions-nous, demeurer inefficace.

Sans doute, l'expression de nullité relative ne se trouvait-elle pas dans les arrêts, mais au fond c'étaient les conséquences de la simple annulabilité qui s'appliquaient : prescription de dix ans, nullité invocable seulement par le client etc... Peut-être pourrait-on faire valoir qu'il y avait quelque chose d'heureux à ce que le commissionnaire ne puisse pas se prévaloir d'une irrégularité qui est imputable à sa faute ? C'est possible, mais c'était là un bien mince avantage, difficile d'ailleurs à faire entrevoir en pratique, et débordé, tout compte fait, par la faiblesse de la sanction civile. La nullité, étant relative, est donc susceptible de confirmation par le donneur d'ordres, conformément à l'article 1338 du Code civil. Celui-ci pouvait, avant l'opération de contre-partie, autoriser, il peut tout aussi bien, après coup effacer la nullité en ratifiant l'acte. Et si cette ratification peut être expresse, il est possible qu'elle soit également tacite. Nous parlions tout à l'heure de la prescription de dix ans qui repose sur

1. Cf. Aubry et Rau, t. IV, parag. 351 de la 4e édition.

la présomption de ratification de l'acte annulable. Ce n'est pas tout ; le donneur d'ordres en recevant et en réglant le compte de l'intermédiaire, ne dégage-t-il pas, son mandataire de l'obligation de justifier que les opérations ont été régulièrement effectuées (1) ?

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans les controverses doctrinales sur ce point, ce n'est pas l'objet de notre étude directement consacrée à l'évolution des moyens répressifs de la contre-partie occulte. Il nous suffira de dire que l'article 541 du Code de procédure civile spécifiant qu' « il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreur, omissions, faux ou doubles emplois à en former leurs demandes devant les mêmes juges », semble s'opposer à la révision sinon peut-être d'un arrêté de compte, du moins, en tout cas, d'un règlement définitif *donné en connaissance de cause*. Le donneur d'ordre se verra opposer par l'intermédiaire l'exception de règlement de compte, qui triomphera de l'exception de justification qu'il aura précédemment opposée à la demande en paiement de l'intermédiaire. Sans doute, le donneur d'ordre aura-t-il encore à sa disposition l'action en répétition de l'indu, mais alors devenant demandeur,

1. Cf. Lévy Ullmann et Geouffre de Lapradelle (*Annales de Droit commercial* 1896, p. 141 et suiv.) et aussi Lacour note Dalloz 1906.2.17.

il aura, à sa charge, le fardeau d'une preuve dont la difficulté est indéniable.

En supposant même que l'intermédiaire n'ait pu échapper à la sanction civile, que le tribunal ait déclaré la nullité, au fond les conséquences pour le coulissier ou le commissionnaire ne vont pas être si graves qu'on pourrait le supposer au premier abord. En effet, seule l'opération entachée de contre-partie se trouve annulée et les parties replacées dans le même état que si elle n'avait pas eu lieu. Mais, la plupart du temps, l'intermédiaire, spéculateur, a ordonné une série d'opérations successives dont l'ensemble constitue précisément sa spéculation. Il ne faudrait pas croire que, l'une des opérations étant annulée pour contre-partie, tout l'édifice va crouler par voie de conséquence, la nullité d'une opération entraînant celle des autres.

Il est permis aux parties, par un accord, de créer un lien d'indivisibilité entre les opérations successives ; mais en dehors de cet accord, nous croyons avec M. Lacour que « l'intention unilatérale du donneur d'ordres ne suffirait pas (1) ». Vainement ferait-on observer, à la suite de M. Boistel (2) que « le spéculateur s'était servi d'un intermédiaire avec lequel il était vraisemblablement en rapports suivis, et qui, connaissant ses habitudes, devait nécessaire-

1. Lacour, *Annales de droit commercial*, 1908, p. 176.
2. Note au Dalloz 1895.2.441 sous Paris, 5 mai 1894.

ment savoir qu'à l'ordre de vente succéderait prochainement un ordre d'achat, parce que le client n'avait pas d'ordinaire les titres qu'il vendait et comptait seulement spéculer sur les différences ». L'argumentation prouve peut-être que le donneur d'ordre a voulu la solidarité des opérations, mais on ne peut en déduire aucune présomption quant à l'intention de l'intermédiaire. En l'absence d'indivisibilité conventionnelle, « comment ce qui est divisible dans les rapports des parties figurant au contrat deviendrait-il indivisible dans les rapports des parties avec leurs mandataires (1) » ?

Aussi la jurisprudence dans son ensemble, a refusé d'admettre la présomption d'indivisibilité. Sans doute quelques Cours d'appel se sont-elles engagées dans une voie contraire ; sans doute la Cour de Paris notamment proclamait-elle encore le 23 avril 1906 que « les opérations de contre-partie Gaudoin, arbitrage, cours de compensation étant annulées, il ne saurait plus être question de report, une opération de report ne pouvant prendre naissance qu'à la suite d'une opération initiale réelle »; et, plus récemment, le 12 janvier 1909, que Gaudoin et Cie, s'étant constitués « contre-parties de leur client sans son auto-

1. Conclusions de l'avocat général Desjardins, Dalloz 97.1.411. Cf. aussi le rapport du conseiller Crépon, Sirey 97.1.220, le rapport Denis, Dall. 1902.1.316. et aussi Lévy-Ullmann, *Annales droit comm. Bull. jud.*, 1903, p. 26.

risation et à son insu... l'opération et le report qui en a été la suite sont nuls (1) », ces divergences n'ont pas empêché la Cour de cassation de maintenir sa jurisprudence très ferme en la matière.

Cette conséquence affaiblit singulièrement la valeur de la sanction civile (celle-ci eût elle-même été la nullité absolue), comme remède efficace de la contre-partie clandestine.

« Comprend-on, écrivait en 1908 M. Lacour, qu'une nullité édictée dans l'intérêt d'un donneur d'ordre aboutisse à un résultat aussi désastreux pour lui ? » La nullité civile nous apparaît, en effet, comme une arme somme toute peu redoutable pour le contre-partiste clandestin, et nous croyons en avoir suffisamment mis en relief les points faibles qui expliquent le développement insolent des agences financières douteuses et l'envahissement de notre marché public par de vastes maisons de contre-partie en pleine prospérité.

Aussi la jurisprudence a-t-elle fini par s'apercevoir du peu d'efficacité de la sanction civile et, sans voir avec trop de netteté dans quelle voie nouvelle elle s'engageait, elle a, peu à peu, en face d'un péril qui devenait de plus en plus un péril social, posé le problème de la contre-partie sur un nouveau terrain.

1. Cf. Gaignoux, *op. cit.*, p. 100. Le tribunal de commerce de la Seine après avoir considéré les divers contrats comme indivisibles a fini par les distinguer et constater leur indépendance.

Le point de vue de l'intérêt public lui est apparu de plus en plus comme prédominant, et directement lésé par la contre-partie. Peu à peu cette tendance s'est fait jour dans les arrêts. Au mois de juin 1902, un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, formulait, en des attendus singulièrement explicites, le sentiment général qui se dégageait, depuis quelque temps, des arrêts :

«... Attendu, peut-on lire, que si l'intérêt de la demoiselle Rouault n'apparaît pas comme ayant été atteint par suite de l'exécution irrégulière de son ordre, *il y a cependant un intérêt général et supérieur à ce que les tribunaux exigent la stricte et rigoureuse observation des conventions en matière de Bourse...*, que si, en effet, toutes les opérations soit de vente, soit d'achat aussi bien au comptant qu'à terme ne passent pas par le contrôle des marchés publics..., les cours faussés n'auront plus aucune signification et les transactions que les banquiers intéressés feront passer par le parquet pour justifier l'inscription à la cote ne réfléteront plus la physionomie exacte du cours des valeurs ainsi soustraites à la circulation générale... (1) ».

Les tribunaux, défenseurs de l'ordre public, constataient donc que l'intérêt général était atteint par la pratique de la contre-partie occulte et l'on sent, à la

1. *Gazette du Palais*, 26 juin 1902.

lecture des attendus sévères que nous venons de citer, que la jurisprudence était disposée à inculper de délit pénal, le contre-partiste clandestin. Mais la loi pénale doit être strictement interprétée; ne tombe sous ses coups que celui qui enfreint un texte : *Nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege.* Le contre-partiste porte-t-il atteinte par son activité à un texte du Code pénal ? Auquel ? Quand et dans quelles conditions ? Bien avant l'arrêt de la Cour de Rennes de 1902, la jurisprudence avait cru trouver réponse à ces questions.

TITRE SECOND

LA SANCTION PÉNALE

La jurisprudence a commencé par frapper le contre-partiste clandestin lorsque ses opérations s'accompagnent d'une mise en scène frauduleuse, puis, s'enhardissant, elle a fini par voir dans la pratique de la contre partie occulte un délit d'escroquerie en soi. Nous examinerons donc logiquement, en deux chapitres distincts, le chemin parcouru par la jurisprudence quant à l'application des peines de l'escroquerie à l'intermédiaire infidèle. Il nous restera, dans un dernier chapitre, à nous demander si la qualification d'escroquerie ne doit pas être remplacée par celle d'abus de confiance lorsque l'opération de contre-partie punissable a suivi un dépôt non plus sollicité mais spontané de la part du donneur d'ordre.

CHAPITRE PREMIER

Application des peines de l'escroquerie à la mise en scène frauduleuse

L'intermédiaire qui se porte contre-partiste de son donneur d'ordres, à l'insu de ce dernier, commet un mensonge. Cette proposition est l'évidence même. Il fait croire à son client qu'il a servi d'intermédiaire entre lui et un autre spéculateur spéculant en sens inverse, qu'il l'a loyalement secondé dans ses opérations : or rien de tout cela n'est vrai. Bien plus souvent même, l'intermédiaire s'est livré à des manœuvres, il y a eu une mise en scène, envoi de prospectus alléchant, par exemple, mise en scène correspondant bien avec la définition très large que le jurisconsulte romain Labéon nous a laissé du dol : « Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam ». Tant que la jurisprudence n'a pas aperçu la prépondérance du point de vue de l'intérêt général dans le problème de la contre-partie, elle n'a vu dans ces manœuvres, qu'un dol civil et n'a pas fait intervenir

la sanction pénale. La loi pénale a pour mission de protéger la société contre les atteintes portées à l'ordre social, et ce n'est pas son rôle, en effet, de sauvegarder la fortune privée des particuliers, abstraction faite du point de vue social.

Mais, lorsque la jurisprudence s'aperçut que la contre-partie, non seulement portait atteinte à la propriété privée, mais constituait en outre un danger général, que le contre-partiste était socialement dangereux, elle a reconnu qu'elle se trouvait en face d'une tromperie contre laquelle la sanction civile ne suffisait pas d'un dol qui débordait la notion de dol civil pour être un dol criminel ; que l'intermédiaire contre-partiste, au fond, dans certaines circonstances, quand son mensonge se doublait de manœuvres, était un escroc, qu'il importait de soumettre aux rigueurs de la loi pénale réprimant l'escroquerie. Mais si, dans certains Codes tels que le Code pénal Belge de 1867, le Code pénal Italien, les Codes d'Allemagne, d'Autriche, de Hongrie, du Tessin, de Zurich, le concept d'escroquerie a toute la souplesse et la généralité qu'il est possible de lui reconnaître en législation ; s'il est également vrai qu'il constitue, selon l'expression de M. Garraud le « protée du droit pénal moderne », il demeure, dans notre Code pénal de 1810, à la différence des lois des 17 et 24 juillet 1791, soumis à des restrictions particulières quant aux combinaisons dolosives punissables.

« Quiconque, dit l'article 405, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, on aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 50 francs au moins et de 3.000 francs au plus.

Le coupable pourra être en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit pendant cinq ans au moins et dix ans au plus des droits mentionnés à l'article 42 du présent Code ; le tout, sauf les peines plus graves s'il y a un crime de faux. »

Les textes de droit pénal étant de droit étroit, pour être punis d'escroquerie, les agissements de l'intermédiaire contre-partiste doivent rentrer dans les cas prévus par l'article 405.

La jurisprudence finit par appliquer l'article 405, *dans certaines conditions*: toutes les fois qu'elle crut découvrir, dans les opérations, emploi de *manœuvres frauduleuses* tendant à faire croire à la réalité

d'une fausse entreprise. Elle ne vit pas, tout de suite, dans tout contre-partiste un escroc, mais dès l'année 1895, la Chambre criminelle de la Cour suprême adoptait la manière de voir du conseiller Roulier. Celui-ci, dans son rapport, préconisait l'application de l'article 405, au cas de manœuvres frauduleuses, lorsque, par exemple, « par des circulaires, articles de journaux, correspondances, la maison de coulisse persuade à sa clientèle que les opérations par elle conseillées sont de nature à contribuer à la hausse ou à la baisse des titres achetés ou vendus, hypothèse admissible d'ailleurs, s'il s'agit de valeurs ayant un marché étroit, mais succès absolument *chimérique* si l'intermédiaire, qui n'achète et ne vend rien ne peut, par suite, en raréfiant le titre, en opérer la hausse ou par l'abondance des valeurs flottantes, en opérer la baisse... ». D'ailleurs, ajoutait le rapporteur, la « contre-partie se prête merveilleusement à une série de *combinaisons frauduleuses* qui ont toutes pour but — et la plupart du temps pour résultat — de consommer des escroqueries au détriment du public dont on épuise la bourse plus facilement encore que la crédulité ».

Le conseiller rapporteur, insiste donc, remarquons-le, sur les manœuvres frauduleuses possibles : sans doute croit-il devoir appeler l'attention de la

1. Sirey, 97.1.535.

Chambre criminelle sur la contre-partie en elle-même pour la distinguer de la compensation qui présente des circonstances de fait très différentes, mais il n'ose pas songer au délit d'escroquerie en dehors de l'hypothèse de manœuvres frauduleuses. Le mensonge n'est pas un délit, parce que, dira plus tard M. Garraud, on ne doit pas croire facilement à la parole d'autrui et parce que on ne peut s'imputer qu'à soi-même le dommage qu'on a éprouvé par sa crédulité. « Ce que la loi punit, c'est un fait extérieur, une combinaison, une machination préparée à l'avance ; en un mot une *mise en scène* qui a pour but de donner crédit au mensonge et qui est destinée à tromper les tiers. Cette nécessité d'une mise en scène n'est pas la formule d'une législation empirique, mais l'*essence même de l'escroquerie* (1). »

La jurisprudence reconnut donc l'escroquerie du contre-partiste occulte toutes les fois qu'elle put prouver la *fausse entreprise* et les *manœuvres frauduleuses*. C'était bien là le « délit constitutif » d'escroquerie dont parlait le procureur général Dupin. La fausse entreprise résultera assez facilement du fait que l'intermédiaire s'est complètement substitué au tiers qu'il était chargé de chercher, et, à vrai dire, ce n'est pas là que résida pour la jurisprudence la principale difficulté.

1. Garraud, *Droit pénal français*, t. V, p. 244.

Presque toujours, en effet, on relèvera la persuasion d'une fausse entreprise, mais qu'entendre par *manœuvres frauduleuses* ? « Si l'on veut théoriquement, écrit M. Garçon (1), préciser ce qu'il faut entendre par fait extérieur, mise en scène, acte matériel, on se heurte à une difficulté presque insurmontable. Les auteurs ne proposent plus que des définitions vagues et les arrêts ne fournissent aucun critérium. En réalité, on peut considérer comme inutile la recherche d'une définition abstraite de toutes ces expressions : « manœuvres, acte extérieur, fait matériel, mise en scène » *que les espèces concrètes* permettent seules de bien comprendre... » En effet, en notre matière nous pouvons constater que la jurisprudence, en face du contre-partiste clandestin, a considéré la question des manœuvres frauduleuses, comme une question de fait, soumise à l'examen des juges et dont la réponse variera suivant les espèces.

Dès le 29 février 1896, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, suivait, disions nous à l'instant, le conseiller Roulier en son rapport, et considérait, dans l'affaire Gaillard, qu'il y a manœuvre caractéristique du délit d'escroquerie dans le fait par celui qui a participé à la constitution fictive d'une maison de banque, de rédiger et de faire distribuer au public une brochure annonçant cette constitution

1. Garçon, *Code pénal annoté*, article 405, n° 18.

et préconisant certaines opérations de bourse *en indiquant les avantages usités dus aux intermédiaires*, alors qu'en réalité la prétendue maison de banque n'effectuait, soit en bourse, soit même en coulisse, aucune des opérations recommandées dans ladite brochure et se bornait à faire avec ses clients la contre-partie des ordres par eux donnés. La Cour constatait d'ailleurs que Gaillard adressait « des avis d'exécution d'ordres et des bordereaux de liquidation relatant outre l'opération fictive, la somme due pour courtage, impôt et timbre, perceptions, accessoires, destinées à impliquer l'accomplissement d'une opération régulière » et enfin reconnaissait le lien de cause à effet, en déclarant que les manœuvres précitées avaient été « la cause déterminante des versements faits aux mains de Gaillard par les victimes du délit (1) ».

Peu après cet arrêt, de la Cour suprême, la Cour de Paris, le 13 mars 1896, dans une affaire qui ne nous est connue qu'imparfaitement mais qui paraît bien présenter des caractères analogues à ceux de l'affaire Gaillard, consacrait une doctrine identique en adoptant les motifs des premiers juges, qui énuméraient les faits par lesquels les fonds destinés aux opérations commerciales avaient été obtenus. L'arrêt relate seulement des mensonges documentés par des

1. Cassation 29 février 1896. Bulletin 80; Sirey, 97.1.62; Dalloz, 96.1.535.

bordereaux remis aux clients pour les tromper ; il a donc soin de relever des manœuvres. Il est intéressant de remarquer que le prévenu s'était défendu en soutenant que l'article 7 de la loi de 1866 lui était, en tous cas, seul applicable. Cet article punit d'une simple amende le courtier qui se sera chargé d'une opération où il avait un intérêt personnel sans prévenir les parties auxquelles il aura servi d'intermédiaire. Il est impossible, à notre avis, d'écarter l'application de l'article 405 au nom de cet argument; tout ce que, à la rigueur, on aurait pu admettre, c'est l'existence d'un concours idéal d'infraction avec ses conséquences : les deux délits étant réalisés, mais la peine la plus forte devant seule être prononcée. Au reste, la Cour de Paris décida « que la disposition de loi dont il s'agit (18 juillet 1866) s'applique au courtier qui omet de prévenir son commettant que lui-même a un intérêt personnel dans l'opération dont il a consenti à se charger ; mais qu'elle ne s'applique pas au prétendu courtier qui, en jouant lui-même le rôle de contre-partie, simule des opérations, se fait allouer des courtages sans objet réel et présente à son commettant des comptes de liquidation absolument imaginaires; que telles sont les manœuvres... constitutives du délit d'escroquerie (1) ».

On retrouve constamment jusqu'en 1907, cette

1. Sirey, 97.2.62 ; Dalloz, 96.2.478.

préoccupation de la jurisprudence de découvrir une mise en scène avant de reconnaître dans les agissements du contre-partiste clandestin les éléments constitutifs ou mieux constructifs du délit d'escroquerie. Cependant, petit à petit, se rendant mieux compte, au fur et à mesure que les espèces se posaient devant elle, de la grandeur du danger que présentait pour nos marchés publics, pour la vie économique nationale, la pratique sans frein de la contre-partie occulte, elle devenait de jour en jour moins méticuleuse dans la reconnaissance des manœuvres frauduleuses. On sent dans un arrêt de la Cour de Paris du 27 janvier 1907 (1), qu'elle est à la veille de changer sa conception en la matière.

L'espèce se posait de la façon suivante : Müller donne ordre à Nicot, banquier, d'effectuer pour son compte des opérations à terme. Le solde débiteur s'élève à 23.172 francs. L'expert, rejetant du compte toutes les opérations où le banquier s'est porté contre-partiste, réduit le compte à 1.987 francs. Le client a versé 5.370 francs et a souscrit des billets pour le surplus.

La Cour de Paris, après le tribunal, décide que le banquier Nicot s'est rendu coupable d'escroquerie, constatant, en outre des mensonges du banquier, des manœuvres frauduleuses qu'elle fait con-

1. Sirey, 1907.2.111.

sister en le fait d'adresser des avis d'exécution d'ordre et des bordereaux de liquidation relatant, outre l'opération fictive, la somme due pour courtage et timbre, perceptions destinées à impliquer l'existence d'une opération régulière. La Cour fait donc résulter les manœuvres *de la remise de pièces de banque faisant supposer que le banquier n'était qu'un intermédiaire*. Or, la question pouvait se poser de savoir si ces pièces sujettes d'ailleurs à vérification constituent un simple mensonge écrit (qui de jurisprudence constante ne constitue pas une manœuvre frauduleuse) ou bien une mise en scène tendant à confirmer dans l'esprit de la dupe les mensonges qui devaient amener la remise des fonds.

En réalité, on peut considérer cet arrêt de la Cour de Paris, comme un arrêt de transition : Au fond, la jurisprudence, talonnée par les excès des contre-partistes, sentait le besoin de changer sa façon de voir, quant à l'application des peines de l'escroquerie à l'intermédiaire infidèle ; au fonds, pour elle, déjà, implicitement, le contre-partiste clandestin est un escroc *parce qu'il use de la fausse qualité de mandataire*.

La Cour suprême devait un mois plus tard consacrer sa nouvelle doctrine, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 16 février 1907 et faire de la contre-partie occulte un délit d'escroquerie en soi.

CHAPITRE II

La contre-partie occulte, délit d'escroquerie en soi

Un banquier traite des opérations de bourse avec un client, en stipulant qu'il aura le droit de les faire effectuer soit à Paris, soit à Bruxelles. Le banquier se porte contre-partiste mais en se servant d'un prête nom qu'il présente comme partie au contrat. En fait ce tiers semble avoir été ignoré du donneur d'ordres.

Telle est l'espèce sur laquelle, après l'arrêt de relaxe de la Cour de Douai, la Chambre criminelle de la Cour de cassation eut à se prononcer le 16 février 1907.

L'arrêt est décisif :

« La Cour, sur le moyen pris de la violation de l'article 405 du Code pénal, et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 : Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que Brassart, se présentant à Quinchon et Joly comme intermédiaire pour l'exécution d'ordres de Bourse dont il faisait en réalité la contre-partie, s'est, *à l'aide de cette fausse qualité*, fait

remettre par lesdits Quinchon et Joly, diverses sommes d'argent et notamment des frais de courtage qui représentaient des négociations imaginaires ; que, par suite, en relaxant Brassart, la Cour d'appel a violé, par défaut d'application, l'article 405 du Code pénal ; par ces motifs, casse ; renvoie devant la Cour d'appel d'Amiens. »

La *fausse qualité de mandataire*, inhérente à la contre-partie, suffit donc, désormais, aux yeux de la Cour suprême pour caractériser l'escroquerie. L'arrêt, disions-nous, est décisif. Il est décisif parce qu'il considère que toute contre-partie est nécessairement entachée d'escroquerie, car la contre-partie suppose toujours et fatalement que le contre-partiste, *en réalité acheteur ou vendeur, se présente comme mandataire*. La fausse qualité de mandataire existera dans tous les cas. En vain la Cour de Douai s'était-elle attachée à écarter le préjudice dans l'espèce qui lui était soumise ; la Cour de cassation ne tient aucun compte de ces constatations de fait : On peut d'ailleurs remarquer que le contre-partiste touchant un courtage, le préjudice qui en résulte, sera presque toujours réalisé, ce que la Cour de cassation constate, du reste, dans son arrêt.

Les raisons qui ont poussé la jurisprudence dans la voie nouvelle, nous croyons les avoir suffisamment indiquées. M. Lacour (1), les dégage excel-

1. Dalloz, 1909. 1. 201.

lemment dans une note sous l'arrêt du 16 février 1907 : « On a vu, écrit-il, depuis quelques années, se multiplier, sur tous les points du territoire français, de prétendues banques ou agences financières dont le véritable but est de développer et d'exploiter chez leurs clients, la passion du jeu à la Bourse. Les dangers qui en résultent pour la petite épargne justifient la sévérité avec laquelle les tribunaux réprimment aujourd'hui les manœuvres de ces louches intermédiaires. »

C'est, en effet, le but de la jurisprudence, et la justification sociale de sa conception, mais peut-elle aussi juridiquement s'expliquer? Sans doute, le but à atteindre est-il la répression plus efficace de la contre-partie clandestine, et croyons-nous avec Ihering, que l'idée de but est l'inspiratrice suprême de toutes les solutions juridiques ; sans doute aussi réprouvons-nous, à son exemple, le dogmatisme des constructions *a priori*, la « *fata morgana* d'un monde soumis au sceptre de l'idée abstraite », mais encore le sentiment de la justice et la logique juridique réclament-ils leurs droits et faut-il prendre base dans les textes.

Le texte de l'article 405 du Code pénal semble bien légitimer la séparation des moyens frauduleux qui sont l'essence de l'escroquerie, en deux catégories distinctes : la prise d'un faux nom ou d'une fausse qualité d'une part, les autres manœuvres frauduleuses

d'autre part. « Quiconque, *soit* en faisant usage de faux nom ou de fausse qualité, *soit* en employant des manœuvres frauduleuses... » dit le texte. On peut en conclure que l'article 405 n'incrimine pas seulement le fait d'escroquer des sommes ou valeurs en employant des manœuvres frauduleuses, mais encore en prenant un faux nom ou une fausse qualité (1). Du reste, la Cour de cassation, dès le 5 mai 1820, dans le célèbre arrêt Poirier, consacrait cette manière de voir, en jugeant « que l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, portant toujours sur un fait simple qui ne peut être susceptible de différentes interprétations, n'a dû être caractérisé que par l'effet qui pouvait en être résulté, c'est-à-dire, par la confiance qu'il aurait inspirée et l'abus qui aurait été fait de cette confiance, en se faisant remettre frauduleusement par son moyen, des fonds, des meubles, des obligations, des décharges ». D'où l'arrêt tire cette conséquence « que le membre de phase de l'article 405, dont les termes sont : pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ne se rapportent qu'à l'emploi de manœuvres frauduleuses et non à l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ».

1. Cf. Garçon, Code pénal annoté, article 405, § 63.

Or, le contre-partiste prend toutes les apparences d'un mandataire, dans sa conduite extérieure il se présente comme tel, alors que, dans la réalité, il est vendeur quand son donneur d'ordre est acheteur, et acheteur dans le cas contraire.

La jurisprudence adopta sa nouvelle théorie pour resserrer les mailles du filet ; trop de contre-partistes habiles, malgré la facilité d'admission des manœuvres frauduleuses, échappaient à la répression, et souvent c'étaient les plus socialement dangereux. On l'a fait remarquer : celui qui se pare abstraitement d'une individualité qui n'est pas la sienne, ou qui se présente abstraitement comme investi d'un titre, d'une fonction, d'attributs juridiques qui ne sont pas les siens, utilise, en s'affirmant ainsi d'une manière générale comme pourvu d'une capacité qu'il n'a pas, un procédé très subtil et très dangereux (1).

La jurisprudence est donc juridiquement fondée à voir dans le contre-partiste un escroc parce qu'il use de la fausse qualité de mandataire pour se faire remettre des fonds ; en un mot, elle a raison de considérer que le fait de prendre la fausse qualité de mandataire est, par lui-même, équivalent à une manœuvre. Nous croyons l'avoir suffisamment prouvé, pour être fondés à conclure avec MM. Chauveau et Faustin-Hélie que « l'usage d'une fausse qua-

1. Cf. Moysen, *Le coulissier contre-partiste devant la loi pénale,* p. 53.

lité est un fait essentiellement frauduleux, et que cet usage, même isolé de l'allégation des fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, suffit, évidemment, pour constituer l'escroquerie (1).

Entrés en 1907, dans une phase nouvelle de la répression de la contre-partie occulte, les tribunaux ont persisté dans leur doctrine. Le 12 mars 1909 (2), la Chambre criminelle, saisie à nouveau après un renvoi devant la Cour d'Amiens, et arrêt de cette dernière Cour, de l'affaire Quinchon et Joly contre Brassart, statuait dans le même sens. Plus tard, elle a même accentué sa conception et sa sévérité à l'encontre des contre-partistes qui loin de se décourager s'ingéniaient, leurs opérations n'étant qualifiées d'escroquerie qu'autant qu'elles étaient occultes, à rédiger des formules de contrats obscurs et équivoques. C'est ainsi que les contrats portaient, par exemple : « la banque ne sera pas mandataire, mais bien co-contractante », ou encore : « Les opérations devront être faites par contrat direct. » Les clients ignorants, peu habitués au langage de la Bourse et faciles à duper, signaient sans apercevoir la supercherie. La Chambre criminelle, par arrêt du 1er décembre 1911 (3), a réduit à

1. Cf. Chauveau et F.-Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6e édition, t. V, n° 2198. V. aussi Cass., 19 sept. 1844, *Bull.*, n° 232 ; 25 août 1854, *Bull.*, n° 265 ; 4 février 1858, *Bull.*, n° 28, etc.

2. Dalloz, 1909. 1. 206.

3. Dalloz, 1915.2.57.

néant les espoirs des contre-partistes : Les frères Gaston et André Imbert, ayant été condamnés par un jugement du tribunal correctionnel d'Amiens du 27 avril 1910, pour escroquerie et complicité d'escroquerie, chacun à six mois d'emprisonnement, et solidairement au payement à la veuve Benoist d'une somme de 43.077 francs à titre de restitution, furent relaxés par un arrêt de la Cour d'Amiens en date du 2 décembre 1910, parce qu'il n'était pas, au dire de la Cour, suffisamment établi que la cliente eût été « dans l'impossibilité de comprendre les conditions du contrat qu'elle avait souscrit » et que « le doute devait leur profiter ». La Cour suprême a cassé l'arrêt d'Amiens, jugeant « qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une convention dont plusieurs clauses, qui avaient été artificieusement insérées, notamment en ce qui concerne « les couvertures » et l'autorisation de prélever, à titres d'honoraires, une commission suivant le tarif de la maison, *étaient de nature à faire croire* que Gaston Imbert *agissait comme mandataire* de la veuve Benoist pour l'exécution des ordres par elle donnés ; qu'une telle convention, dans laquelle l'une des parties *faisait ainsi usage de la fausse qualité de mandataire* pour se faire verser des fonds, était *par elle-même* constitutive du délit d'escroquerie ; que la Cour d'appel n'aurait pu se refuser à faire application de l'article 405 du Code pénal que si elle eût déclaré, par une appréciation

souveraine, que la veuve Benoist avait connu la position de contre-partiste prise en réalité vis-à-vis d'elle par Gaston Imbert, et si elle eût ainsi constaté que la *fausse qualité de mandataire* qui ressortait de certaines clauses de la convention, n'avait pas été la cause déterminante de la remise des fonds. »

La Cour de Douai, saisie sur renvoi, ayant, par un arrêt du 24 avril 1912, condamné les frères Imbert, la Cour de cassation saisie après pourvoi, les déclara de nouveau coupables d'escroquerie par ce qu'ils « avaient *fait usage de la fausse qualité de mandataires* pour se faire remettre des fonds ou des valeurs », en spécifiant encore que les mentions du contrat « soit imprimées, soit manuscrites, conçues et disposées de manière à ne pas éveiller l'attention d'une cliente confiante et inexpérimentée, étaient toujours suivies d'un décompte d'opérations de bourse qui ont été considérées par la veuve Benoist comme sérieuses et faites par un intermédiaire dont elle croyait rémunérer les bons offices par le prélèvement des honoraires et des commissions prévues au tarif (1) ».

Nous avons insisté sur ces attendus, parce qu'ils sont vraiment caractéristiques de la doctrine nouvelle de la jurisprudence. Désormais, répétons-nous, la contre-partie occulte *sera nécessairement entachée*

1. Dalloz, 1915.1.58.

d'escroquerie car la contre-partie suppose toujours et fatalement que le contre-partiste se présente comme mandataire, alors qu'il est, en réalité, acheteur ou vendeur. Sans doute, la jurisprudence n'a pas renoncé à constater dans ses décisions les manœuvres frauduleuses, quand elle peut en relever. Cela ne veut pas dire qu'elle revienne en arrière et abandonne la voie dans laquelle elle s'est engagée en 1907 (1). Nous savons que le délit d'escroquerie peut être réalisé de deux manières : la première consiste à prendre un faux nom ou une fausse qualité pour se faire remettre des fonds, des valeurs, avec cette circonstance que la prise d'un faux nom ou d'une fausse qualité aura été la cause déterminante pour le tiers de la remise des fonds ou valeurs qu'il a consentie. La seconde façon de se rendre escroc, devra réunir trois éléments constitutifs : 1° Il faudra que le but de l'agent ait été de se faire remettre ou délivrer, ou de tenter de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ; 2° il faudra que le résultat de l'opération ait été le détournement ou la tentative de détournement de ces valeurs ; 3° il faudra l'emploi de manœuvres frauduleuses, d'un des moyens limitativement indiqués par l'article 405 du Code pénal. Alors, il est

1. On peut cependant relever quelques tentatives de résistance ; Cf. Douai, 3 déc. 1913. Dalloz, 19162.1.90.

facile de comprendre, que si la jurisprudence relève, dans une espèce, chez le contre-partiste des manœuvres frauduleuses, elle peut, à son gré constater le délit d'escroquerie, si nous pouvons ainsi nous exprimer : au second chef. En réalité, dans cette hypothèse, le contre-partiste se sera rendu, peut-on dire, *doublement* coupable du délit d'escroquerie, car la prise de la fausse qualité de mandataire existera toujours dans la contre-partie clandestine et cette dernière circonstance suffit, aux yeux de la jurisprudence, pour caractériser le délit. On peut d'ailleurs s'en rendre compte encore plus amplement, si l'on veut, en lisant les arrêts récents de la Cour d'appel de Paris, siégeant comme Chambre des mises en accusation.

Le 3 février 1914, elle déférait le sieur X... au tribunal de police correctionnelle de la Seine, en constatant contre lui charges suffisantes « de s'être à Paris, en 1911, et dans tous les cas depuis moins de trois ans, *en faisant usage de la fausse qualité de mandataire*, s'étant présenté à R... comme intermédiaire pour l'exécution des ordres de Bourse dont il faisait la contre-partie, fait remettre et tenté de se faire remettre diverses sommes d'argent et notamment des frais de courtage représentant des négociations imaginaires ; et d'avoir ainsi escroqué ou tenté d'escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui ; délit prévu et puni par l'article 405 du Code pénal »...

Nous retrouvons encore la même rigueur dans les considérants de l'arrêt, en date du 27 novembre 1915, de la huitième Chambre siégeant toujours comme Chambre des mises en accusation déclarant que « l'élément essentiel » de la contre-partie « punissable », « consiste dans une spéculation inverse de celle des donneurs d'ordres et pratiquée à leur insu ».

De même, en toute logique, le 21 novembre 1916, la Cour déférait au tribunal correctionnel Hazou, Penilleau et Sidi Léon, toujours pour s'être « en prenant la *fausse qualité de mandataire*, fait remettre ou tenté de faire remettre sous la forme de différences, courtage, divers impôts, etc... relatifs à des opérations inexistantes, diverses sommes d'argent et d'avoir ainsi escroqué tout ou partie de la fortune d'autrui ou tenté d'escroquer tout ou partie de cette fortune »...

La jurisprudence actuelle a donc fait de la contre-partie occulte un délit d'escroquerie en soi. Elle a considéré l'intermédiaire contre-partiste clandestin, allant au devant de la clientèle, usant de la fausse qualité de mandataire et se faisant remettre des fonds. Mais ne faudrait-il pas mettre à part l'hypothèse d'un spéculateur, d'un joueur de Bourse qui sans y avoir été invité par l'intermédiaire, lui confie, de son propre mouvement, des fonds destinés à l'exécution de ses desseins. Ici, ce n'est plus l'intermédiaire qui tente le spéculateur, c'est celui-ci qui est

tenté par le geste spontané du donneur d'ordres. Dans ces conditions est-il un escroc ? S'il se rend contre-partiste, à l'insu de son donneur d'ordres, n'abuse-t-il pas de la confiance de celui-ci qui lui a remis des valeurs, et l'article 408, du Code pénal, visant le délit d'abus de confiance ne paraît-il pas devoir s'appliquer de préférence à l'article 405 ? Il y a lieu de se le demander.

CHAPITRE III

La contre-partie clandestine et l'abus de confiance

On sait que les progrès du droit pénal ont abouti à différencier la *contrectatio fraudulosa rei alienæ*, en vol, escroquerie, abus de confiance. Le voleur, usant d'un procédé brutal usurpe la possession de la chose d'autrui, l'escroc la capte frauduleusement. Le délinquant, dans l'abus de confiance, est un peu moins odieux; une chose appartenant à un tiers lui ayant été confiée par ce tiers de sa propre initiative, il intervertit seulement sa possession précaire en possession civile. Les romains disaient déjà : « Inficienda depositum, nemo fecit furtum, nec enim furtum et ipso inficiato, licet prope furtum est. » C'est encore grave, mais c'est moins grave que le cas de vol ou d'escroquerie. Aussi est-il tout naturel que l'article 408 frappe de peines moins sévères l'auteur d'un abus de confiance : « Quiconque, dit le Code, aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers,

marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation, ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, *de mandat*, de nantissement, de prêt en usage ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les représenter, *ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé*, sera puni des peines portées à l'article 406... », c'est-à-dire « d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dus aux parties lésées, ni être moindre de 25 francs »... Les peines de l'escroquerie, nous l'avons vu, sont plus sévères « un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et une amende de 50 francs au moins et de 3.000 francs au plus ». L'article 405 ajoute même : « Le coupable pourra être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans aux moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code ; le tout, sauf les peines plus graves s'il y a crime de faux. »

L'atténuation de la peine, au cas d'abus de confiance, est très compréhensible, disions-nous, le délinquant ne va pas au-devant de la tentation, il y succombe et celui qui lui a remis sa chose entre les mains lui-même, tout le premier a une faute à se reprocher : celle d'avoir mal placé sa confiance.

Ne peut-on appliquer la distinction aux agissements de l'intermédiaire contre-partiste clandestin ? La logique juridique paraît le commander : Des titres ou des fonds ont été *spontanément*, sans *invitation*, déposés en couverture ou marges d'opérations, ou encore des sommes ont été versées en compte au cours d'opérations ; si l'intermédiaire se porte contre-partiste à l'insu du donneur d'ordres, il semble qu'on ne puisse pas parler d'escroquerie ; notre intermédiaire n'a pas été au-devant du donneur d'ordres, l'occasion se présente à lui ; nous le répétons : il n'est plus tentateur, il succombe à la tentation. D'ailleurs, à l'analyse, n'est-il pas possible de distinguer dans sa situation les éléments constitutifs de l'abus de confiance ? Il y a *détournement*, c'est incontestable : l'intermédiaire chargé de chercher un tiers qui joue le rôle de contre-partie de son donneur d'ordres, se constitue lui-même cette contre-partie. Ce détournement n'est-il pas *frauduleux*, puisqu'il dénature l'usage des fonds employés, sans parler souvent des conseils insidieux prodigués au donneur d'ordres ? D'autre part, le détournement n'a-il pas été comme le porte l'article 408 du Code pénal, effectué sur des effets, deniers, etc... qui n'étaient remis qu'à titre de « mandat » ? On peut tirer argument, d'ailleurs, de ce fait que la jurisprudence (1) a notamment sou-

1. Cf. Moysen, *op. cit.*, p. 69.

vent décidé que le commissionnaire qui détourne, au préjudice de son commettant des deniers ou des marchandises à lui confiés dans sa qualité pour en faire un emploi déterminé (1), se rend coupable du délit d'abus de confiance. Quant au *préjudice*, dernier élément constitutif de l'abus de confiance, n'est-il pas manifeste ?

Et cependant, malgré toute la valeur de ces considérations, la jurisprudence paraît bien, dans son ensemble, s'attacher, dans tous les cas, à la qualification d'escroquerie. Elle a considéré que, de par sa profession même, implicitement, l'intermédiaire va au devant des offres du donneur d'ordres. Son nom, ses bureaux, sont une invite constante au spéculateur; il se présente d'une façon non équivoque, comme un mandataire, comme un simple intermédiaire. Si, dans la réalité des choses, il ne le demeure plus, ne peut-on pas affirmer qu'il a frauduleusement pris la fausse qualité d'intermédiaire, et, partant, ne tombe-t-il pas, de toute façon, sous le coup du premier membre de phrase de l'article 405 du Code pénal, au même titre que l'intermédiaire qui, expressément, a proposé telle ou telle opération à un spéculateur ? La prise explicite de la fausse qualité de mandataire est, par elle-même, nous l'avons vu, équivalente à une manœuvre, au point

1. Chambre criminelle, *B. cr.*, n° 193 du 17 novembre 1866 (S. 68.1.283) du 18 novembre 1882 (S. 84.1.299).

de vue de l'inculpation d'escroquerie; pourquoi vouloir faire exception quand la prise de la fausse qualité est implicite ? (1)

1. Cf. par analogie, la prise de la fausse qualité de médecin (Cassation, 6 août 1887), et même la fausse qualité de commissionnaire en marchandises (Cassation, 23 avril 1857, *B. cr.*, n° 165; 21 juillet 1866, *B. cr.*, n° 237; 18 juin 1881, *B. cr.*, n° 154).

CONCLUSION

Difficulté de preuve du délit
La tâche des experts

Mieux que n'aurait pu le faire un texte de loi, trop rigoureux ou insuffisant, nous avons vu la jurisprudence barrer la route à la contre-partie clandestine, en adaptant, avec souplesse, aux transformations incessantes de cette maladie des Bourses les textes du Code pénal, ceux du Code civil s'étant révélés impuissants.

Nous avons l'espoir que la fermeté de nos tribunaux ruinera l'audace des maisons de contre partie, des louches tripots et qu'elle finira par avoir raison du fléau : d'ores et déjà, elle a réduit les spéculations malhonnêtes dans de sérieuses proportions. On hésite à encourir les peines de l'escroquerie.

Mais la difficulté réside et résidera toujours dans la preuve du délit. Sans doute, le mandataire doit-il rendre compte, mais on connaît la prodigieuse habileté des intermédiaires malhonnêtes à « truquer » leurs livres, et la question n'est pas, à proprement parler de savoir si les livres indiquent des noms de contre-parties, mais de vérifier la sincérité de ces contre-parties. Engagements, confirmations de com-

plaisance attestant l'exécution réelle de marchés imaginaires et permettant des écritures d'apparence régulière, tout cela est relativement facile entre différentes « maisons ». Les experts chargés des vérifications des livres se sont trop souvent laissés prendre à cette façade trompeuse.

Le 21 novembre 1916, la Cour d'appel de Paris, siégeant comme Chambre des mises en accusation croyait devoir les mettre formellement en garde contre cette tendance : « Considérant, dit l'arrêt, qu'il échet de reconnaître qu'ainsi que le fait remarquer la partie civile, les vérifications sur lesquelles s'appuie l'expert pour asseoir son avis ne sont nullement concluantes, qu'elles sont telles, en effet, qu'à supposer que l'inculpé ait fait de la contre-partie occulte, rien ne lui était plus facile que de les prévoir et de *recourir aux artifices coutumiers aux professionnels de la contre-partie occulte*, *pour les rendre absolument illusoires*, que dans cette situation il y a lieu pour la Cour d'ordonner un plus ample informé... »

Rapprochement effectif de la comptabilité des inculpés et de celle des maisons correspondantes ; recherche, audition et confrontation des contre-parties suspectes, communication à la partie civile au cours de l'expertise des moyens et productions fournis par les inculpés ; telles devront être, d'après

1. Cf. Petellat, *Bourse et justice*. Paris, Pichon, 1918.

la jurisprudence, les méthodes d'investigation des experts (1).

Si notre jurisprudence, bien secondée par les experts, sait maintenir sa fermeté dans la répression de la contre-partie occulte, elle finira par assainir complètement l'atmosphère de nos marchés publics et sauvegarder l'épargne, la petite épargne surtout des entreprises malhonnêtes. Les intermédiaires honnêtes n'auront d'ailleurs qu'à s'en réjouir.

Enfin, nos tribunaux n'auront pas alors peu contribué à calmer les sourdes colères qui grondent contre les fondements mêmes de la société actuelle. Proudhon émettait une boutade quand il écrivait (1) : « La Bourse, temple de la Spéculation, est le monument par excellence de la société moderne. C'est là que les réformateurs modernes devraient aller s'instruire et apprendre leur métier de révolutionnaires. » Trop de gens, à notre époque, sont disposés à la prendre au sérieux.

1. Proudhon, *Manuel de spéculation à la Bourse*. Introduction, p. 22 et 23.

Vu : Rennes, le 7 mai 1920
Le Professeur, président de la thèse,
P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE

Vu : le Doyen,
CH. TURGEON

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
L. GÉRARD-VARET

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE 7
INTRODUCTION. 11

PREMIÈRE PARTIE

EVOLUTION DE LA CONTRE-PARTIE OCCULTE AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER. — La nécessité des Bourses a entraîné la nécessité des intermédiaires et leur multiplication 1
CHAPITRE II. — L'intérêt croissant des intermédiaires à pratiquer la contre-partie en a multiplié les formes. 27
CHAPITRE III. — La progression néfaste des effets de la contre-partie clandestine. Exemple de « prélèvement » dolosif, elle rentre dans la notion du Mal économique. 41

DEUXIÈME PARTIE

EVOLUTION DE LA CONTRE-PARTIE OCCULTE AU POINT DE VUE RÉPRESSIF

TITRE PREMIER. — La sanction civile. 63
TITRE SECOND. — La sanction pénale. 75

Chapitre premier. — Application des peines de l'escroquerie à la mise en scène frauduleuse. . . 77
Chapitre II. — La contre-partie occulte délit d'escroquerie en soi. 87
Chapitre III. — La contre-partie clandestine et l'abus de confiance. 99
Conclusion. — Difficulté de preuve du délit. La tâche des experts. 105

IMP. JOUVE ET C^ie^, 15, RUE RACINE, PARIS. — 4650-20